النظرية العامة للالتزام

الجزء الأول

مصادر الالتزام

دكتور

نبيل إبراهيم سعد

أستاذ ورئيس قسم القانون المدني

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

والمحامي بالنقض

٢٠٠٤

دار الجامعة الجديدة

٣٨ ش سوتير - الأزاريطة - ت: ٤٨٦٨٠٩٩

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

من خلال هذه المقدمة نعرض لثلاث نقاط على التوالى، أولاً: تعريف الالتزام وبيان خصائصه، ثانياً: تقسيم الالتزامات، ثالثاً: مصادر الالتزام.

أولاً: تعريف الالتزام وبيان خصائصه

يمكن أن نعرّف الالتزام بأنه رابطة قانونية بين شخصين، يلتزم بمقتضاها أحدهما، ويسمى المدين، بأن يقوم بأداء مالى معيّن لمصلحة شخص آخر، ويسمى الدائن، ويكون المدين مسؤولاً عن دينه - كقاعدة عامة - فى كافة أمواله[(١)].

ويجب أن نشير منذ البداية إلى أن هذه «الرابطة القانونية» لها وجهين: إذا نظرنا إليها من ناحية الدائن فتسمى بالحق الشخصى أو حق الدائنية؛ وذلك لأن للدائن بمقتضاها الحق فى مطالبة المدين بما عليه من أداء، ووسيلته فى ذلك، كقاعدة عامة، الدعوى. وإذا نظرنا إليها من ناحية المدين تسمى التزاماً، وذلك لأن المدين هو الذى يقع عليه عبء الوفاء بالأداء الذى التزم به للدائن. وعلى ذلك فالالتزام هو الوجه السلبى للحق الشخصى[(٢)]، فالحق للدائن والالتزام على المدين.

---

(١) انظر إسماعيل غانم، فى النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام ١٩٦٨، فقرة ١٦ ص٣٠ وانظر فى الفقه الفرنسى A. Weill et Terré Droit civil les obligations, 4 éd, no 1 p. 1.

Vo. aussi J. Flour et J.L. Aubert, Droit Civil, Les Obligations, Vol. I. L'acte Juridique, 1975, No. 2. P.2., Chr Larroumet, Droit Civil, Tom. 3, les obligations, Le Contrat, 3 éd, 1996, no 1 p.5.

(٢) Chr Larroumet, op. cit, no1 p. 6; F. Terré , Ph. Simler, Y. Lequette, Droit Civil, Les obligations, 7 éd. 1999, no 2, p. 1; H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud. F. Chabas Leçons de droit, 9 éd. 2000 par F. chabas, no 4 p. 4.

ومن هذا التعريف نستطيع أن نستخلص أهم خصائص الالتزام وهى:

١ - الالتزام رابطة قانونية

أهم ما يميز الالتزام أن رابطة قانونية بين شخصين، الدائن والمدين. فهذه الرابطة هى جوهر الالتزام. وقد كان نتيجة لذلك أن غالى أنصار المذهب الشخصى فى النظر بصفة أساسية إلى طرفى الالتزام، الدائن والمدين. وقد ترتب على هذه النظرة نتيجتان:

الأولى: يلزم وجود كل من المدين والدائن وقت نشوء الالتزام.

الثانية: عدم تصور تغير أحد طرفى هذه الرابطة دون أن تتغير الرابطة نفسها.

وبالتالى لا يمكن انتقال الالتزام، سواء عن طريق حوالة الدين من جانب المدين، أو عن طريق حوالة الحق من جانب الدائن.

وقد ورث قانون نابليون هذا الاتجاه عن القانون الرومانى، وإن كان القانون الفرنسى قد خرج عن القانون الرومانى بإجازته حوالة الحق، إلا أنه ظل فى غير ذلك أميناً على المذهب الشخصى، فلم تتضمن نصوصه أية إشارة إلى حوالة الدين[١]، ولا لإمكان نشوء الالتزام قبل أن يتحدد شخص الدائن[٢].

ولكن التطور الاقتصادى والاجتماعى الهائل الذى حدث فى القرن التاسع عشر قد أفرز أوضاعاً قانونية جديدة، لا تتلاءم البتة مع النظرة الشخصية الضيقة، كحوالة الدين والتأمين لمصلحة شخص غير معّين أو شخص لما يوجد وقت التأمين. ولذلك ظهر المذهب المادى فى الالتزام فى ألمانيا على يد الفقهاء الألمان الذين اتجهوا إلى بعث القانون الجرمانى القديم والتخلص من النظريات الرومانية ومن بينها النظرية الشخصية فى الالتزام.

---

(١) انظر أستاذنا

Vo. Ph. MALAURIE L. AYNES, Droit Civil, Les Obligations, 1985 No. 770. P. 550, B.STARCK, Droit Civil, Obligations, 1972, No. 2317.. 697.

(٢) يجب أن نشير أن الحياة العملية فرضت وجود حوالة الدين، ولذلك نجد أن القانون الوضعى الفرنسى، يعرف فكرة حوالة الدين، كما هو الشأن فى التنازل عن العقد، انظر نبيل سعد، التنازل عن العقد، منشأة المعارف، ١٩٨٥.

والمذهب المادى فى الالتزام يقوم على النظر إلى الالتزام نظرة مادية أو موضوعية، وهذا المذهب يرتكز على النظر إلى موضوع الالتزام لا إلى أشخاصه، فالعبرة فيه بقيمة الالتزام المادية بغض النظر عن شخص الدائن أو شخص المدين، ويترتب على هذه النظرة نتيجتان:

الأولى: إمكان نشوء الالتزام حتى ولو لم يوجد الدائن منذ البداية، متى كان من الممكن وجوده فى المستقبل، خاصة عند تنفيذ الالتزام.

الثانية: إمكان تغيير أطراف الالتزام وانتقاله عن طريق حوالة الدين، بتغيير شخص المدين، وحوالة الحق، بتغيير شخص الدائن[1].

ومع ذلك يجب أن نشير إلى أنه بالرغم من هذا التصوير المادى أو الموضوعى للالتزام، إلا أن هذا لا يغيّر من طبيعة الالتزام بوصفه رابطة أو علاقة بين شخصين[2]، وهذا راجع إلى أن طبيعة الالتزام تحتم أن يتعيّن أحد طرفى الرابطة أو العلاقة، وهو المدين، منذ البداية، كما يلزم أن يتعيّن الدائن كأصل عام منذ البداية، وإن كان من الممكن أو من المتصور أن يكون قابلاً للتعيين فى المستقبل، على أنه يلزم فى جميع الأحوال أن يكون معيناً هو الآخر وقت التنفيذ.

وأخيراً فإن تحديد شخص المدين فى الالتزام منذ البداية باعتباره الطرف الذى يقع على عاتقه أداء معيّن فى مواجهة الدائن يعتبر الخط الفاصل بين الحق الشخصى والحق العينى. ففى الحق الشخصى أو حق الدائنية يوجد واجب خاص يقع على عاتق شخص معين هو المدين، أما فى حالة الحق العينى، فإنه يوجد واجب عام على الكافة باحترام ما للشخص من سلطة مباشرة على شئ معيّن، وبالتالى فلا يوجد مدين معيّن. كما أن الواجب الخاص الذى يقع على المدين فى الالتزام يكون

---

(١) وقد أخذت كثير من التشريعات العربية؛ القانون المصرى والقانون اللبنانى والقانون السورى والقانون العراقى بالكثير من نتائج المذهب المادى، فنظمت حوالة الدين (٣١٥، ٣١٦ مدنى مصرى، م٢٨٧ - ٢٨٩ موجبات وعقود لبنانى). وأجازت الاشتراط لمصلحة الغير (م ١٥٦ مدنى مصرى، م ٢٢٨ موجبات وعقود لبنانى)، وقررت إلزام الواعد بالجائزة بارادته المنفردة قبل أن يتعين الدائن (م ١٦٢ مدنى مصرى، ١٧٩٣ موجبات وعقود لبنانى).

(٢) Het L. Mazeaud, J. Mazeaud, par F. Chabas, op. cit. no 11. p.8.

عنصراً سلبياً فى ذمة المدين، بينما الواجب العام على الكافة لا يدخل ضمن عناصر أية ذمة مالية لمن يقع عليهم هذا الواجب(١).

نخلص من كل ما تقدم إلى أن تطور فكرة الالتزام لم يؤد إلى نفى فكرة الرابطة القانونية بوصفها جوهر الإلتزام، فلا زال الالتزام علاقة بين شخصين، كل ما فى الأمر أنه قد أصبح من الجائز أن يتغير طرفا العلاقة بالحوالة، وأن يلتزم المدين فى بعض الحالات قبل أن يتحدد شخص الدائن بشرط أن يوجد عند التنفيذ دائن معيّن.

إذا كان أهم ما يميز الالتزام أنه رابطة بين شخصين، إلا أن أهم ما يميز هذه الرابطة أنها رابطة قانونية. فالالتزام واجب قانونى، أى أنه واجب يكفل القانون احترامه، والقاعدة أن الوسيلة إلى ذلك هى الدعوى يمنحها القانون لصاحب الحق، الدائن، ليقتضى حقه من مدينه. لكن إذا كان كل التزام واجب فإنه ليس كل واجب التزام. فالالتزام واجب قانونى. وهذا ما يميزه عن غيره من الواجبات الخلقية والمجاملات. فالالتزام واجب قانونى يرتب أثراً تحميه الدولة ويمكن المطالبة به أمام القضاء وذلك بخلاف الواجبات الأخلاقية والمجاملات.

غير أنه فى بعض الأحوال يكتفى القانون بحماية ناقصة، وهذا هو الالتزام الطبيعى، فالالتزام الطبيعى التزام قانونى، أى على المدين واجب قانونى، فإذا أداه باختياره قاصداً أن يوفى التزاماً طبيعياً لا يعتبر متبرعاً ولا يجوز له أن يسترد ما أداه. أما إن لم يوف به المدين باختياره فليس للدائن من سبيل إلى إجباره على الوفاء، وذلك لأن حماية القانون لا تتوافر كاملة(٢).

٢- الطبيعة المالية للالتزام:

فالخصيصة الأساسية للالتزام هى مالية الأداء الذى يلتزم به المدين. فالالتزام واجب قانونى يمكن تقديره بالنقود. لذلك فإن الالتزام يكون عنصراً سلبياً فى ذمة المدين، وفى المقابل يعتبر عنصراً إيجابياً، باعتباره حقاً فى ذمة الدائن(٣).

---

(١) انظر فى تفصيل أكثر مؤلفنا فى نظرية الحق، دار المعرفة الجامعية، ٢٠٠٠ ص٩٦، ٩٧.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥ إلى ١٣، توفيق فرج، دروس فى النظرية العامة للالتزام، ١٩٨١، ص١٠، ١١. انظر مؤلفنا فى أحكام الالتزام، دار المعرفة الجامعية ١٩٩٩ ص١١.

(٣) H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, par F. chabas, op. cit, n.10. p.7.

هذه الخصيصة الأساسية للالتزام هي التى تميز الالتزام عن الواجبات القانونية الأخرى والتى لا يكون الأداء فيها مالياً، كواجب الخدمة العسكرية، وواجبات الأسرة، كواجب الزوجة طاعة زوجها وواجب الأبناء طاعة الأب، تعتبر واجبات قانونية ولكنها لا تعتبر التزاماً بالمعنى الفنى الدقيق.

وبذلك نستطيع على ضوء ذلك التعريف المتقدم وتحليل عناصره أن نقول إن نظرية الالتزام يتحدد نظامها بالالتزامات التى يكون مضمون الأداء فيها مما يمكن تقديره بالنقود وفقاً للاعتبارات السائدة فى المجتمع وقت الاتفاق(١).

٣- أن يكون المدين مسؤولا عن تنفيذ الالتزام فى كافة أمواله:

ويفسر هذا العنصر كيف تعمل نظرية الالتزام، بل كيف يعمل النشاط الاقتصادى كله، وخاصة الائتمان. كما أن هذا العنصر يكشف عن أهمية نظرية الالتزام، ليس فى الوقت الحاضر فحسب، بل فى القوانين القديمة.

ففى القانون الرومانى كان الالتزام فى البداية عبارة عن علاقة شخصية محضة، مصدراً للسلطة، قيداً قانونياً يتحول إلى استرقاق المدين أو قتله فى حالة عدم تنفيذه لالتزامه. فقد كانت الأنظمة القانونية التى لم تبلغ بعد حدّاً من التطور لا تملك من الوسائل الفنية والقانونية ما يكفل تنفيذ الالتزام دون اعتداء على شخص المدين. ولذلك فقد كان طبيعيًّا أن يكون من بين الوسائل البدائية التنفيذية على شخص المدين، وسجنه واسترقاقه بواسطة الدائن، وبالرغم من قسوة ووحشية هذه الوسائل فإن فعاليتها لم تكن بالقدر الكافى، وإن كانت تتمتع بنوع من الزجر وتحقق بالتالى نوعاً من الوقاية. هذه الوسائل القانونية كانت تتفق مع عقلية هذا العصر وتدل على افتقار هذه الأنظمة إلى الصياغة القانونية المتطورة(٢).

أما فى المجتمعات الحديثة أصبح الالتزام علاقة بين ذمتين، وسيلة مجردة يتحقق بواسطتها تبادل بعض القيم الاقتصادية. علاوة على ذلك أصبح الانتقام من المدين لا

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق فقرة ٦، ص١٥، ١٦.

(٢) انظر نبيل سعد - التأمينات العينية والشخصية منشأة المعارف، ١٩٨٤، فقرة ١ ص٥.

يمثل أى قيمة لدى الدائن. ولكن كل ما يهم الدائن هو الحصول على حقوقه التى كان ينتظرها ويرتب حياته عليها. كما أن استرقاق المدين أو سجنه وبيعه أصبح يتعارض مع التطور الحديث للنظام العام أو الآداب[1].

ولذلك فإن القوانين الحديثة تقدم من الوسائل الفنية والقانونية ما يضمن بفعالية احترام وتنفيذ الالتزام دون مساس بشخص المدين، وذلك لتحفظ التوازن فى الحياة القانونية والاقتصادية ولتحميها من الاضطراب. وذلك على النحو الذى سوف نراه عند دراسة أحكام الالتزام.

فإذا لم تجد هذه الوسائل أو إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه. فإن لم يقم المدين بالتنفيذ العينى أو بمقابل طوعاً واختياراً، فليس أمام الدائن إلا أن يلجأ إلى التنفيذ الجبرى. والتنفيذ الجبرى، عيناً كان أو بمقابل، يكون على أموال المدين لا على شخصه. وهذه الأموال هى الضامنة للوفاء بالتزاماته. وهذا ما يسمى بالضمان العام[2].

والضمان العام يعنى أن أموال المدين جميعاً ضامنة للوفاء بديونه، وأن جميع الدائنين متساوون فى هذا الضمان، إلا من كان لهم منهم حق التقدم طبقاً للقانون.

مقتضى ذلك أنه إذا لم يقم المدين بالتنفيذ العينى أو بمقابل طوعاً واختياراً فإنه يتم الحجز على أمواله بمقتضى حكم من القضاء، وبيعها بالمزاد العلنى، ويحصل جميع الدائنين، على قدم المساواة، على حقوقهم من حصيلة هذا البيع. فإذا كانت هذه الحصيلة كافية للوفاء بحقوق الدائنين كاملة كان بها وانتهى الأمر. وإذا لم نكن هذه الحصيلة كافية للوفاء بحقوقهم كاملة توزع هذه الحصيلة عليهم بنسبة دين كل منهم، أى تقسم قسمة غرماء فيما بين الدائنين[3].

وحق الضمان العام يمثل الحد الأدنى لحماية الدائن. وإلى جانب ذلك توجد وسائل فنية وقانونية تسمح للدائن أن يحصل بمقتضاها على الأولوية والتقدم على

---

(١) نبيل سعد، نفس المرجع، ص٦.

(٢) نبيل سعد، نفس المرجع، ص٩.

(٣) انظر فى تفصيل ذلك نبيل سعد، المرجع السابق فقرة ٥ ص ١٥ وما بعدها.

الدائنين العاديين والدائنين التاليين فى المرتبة. ويستطيع الدائن أن يحصل على هذه الوسائل القانونية إما بمقتضى إتفاق مع المدين، كما هو الحال بالنسبة للرهن الرسمى أو الحيازى، وإما بمقتضى حكم من القضاء كحق الاختصاص، وإما بحكم القانون لصفة فى الدين، كما هو الحال بالنسبة لحقوق الامتياز.

والدائن المزود بأحد هذه الحقوق يستطيع أن يحصل على كامل حقه من قيمة العين أو الأعيان المحملة بهذا الحق بالأولوية عن الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة. فإن لم تكن قيمة هذه العين أو الاعيان تكفى للوفاء بكامل حقه فإن الدائن يرجع بما تبقى له على الضمان العام لمدينه باعتباره دائناً عادياً، ويخضع عندئذ لمبدأ المساواة بين الدائنين[1].

وبذلك نكون قد بيّنا المقصود بالالتزام وحللنا عناصره المختلفة وذلك كضرورة حتمية لمعرفة نظرية الالتزام بطريقة جيدة. والآن حان الوقت لمعرفة تقسيمات الالتزام.

ثانيا: تقسيمات الالتزام

تنقسم الالتزامات بحسب أنواعها إلى تقسيمات عدة، وذلك بحسب الزاوية التى ننظر منها إلى الالتزام[2]. وعلى ذلك يمكن أن تنقسم الالتزامات إلى ما يلى:

١- التزامات مدنية والتزامات طبيعية.
٢- التزامات شخصية والتزامات عينية.
٣- الالتزام بإعطاء، والالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل.
٤- التزامات بتحقيق نتيجة والتزامات ببذل عناية.

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك نبيل سعد، المرجع السابق، فقرة ٩ ص٢٤ وما بعدها.

(٢) فى قانون الموجبات والعقود اللبنانى أفرد المشرع الكتاب الأول من القسم الأول، فى الموجبات على وجه عام، لأنواع الموجبات، وعرض فى الباب الأول للموجبات المدنية والموجبات الطبيعية، والباب الثانى، للموجبات المختصة بعدة أشخاص، والباب الثالث للموجبات المتابعة وغير المتابعة، والباب الرابع للموجبات الايجابية والسلبية، والباب الخامس للموجبات الشخصية والعينية، والباب السادس للموجبات ذات المواضيع المتعددة، والباب السابع للموجبات التى تتجزأ والموجبات التى لا تتجزأ، والباب الثامن للموجبات الأصلية والموجبات الاضافية، والباب التاسع للموجبات الشرطية، والباب العاشر للموجبات ذات الأجل. ولم يتبع القانون المدنى المصرى هذا المنهج وإنما تطم بعضها على مدار التقنين دون أن يفرد لها عنوان خاص.

٥- التزامات باتة والتزامات معلقة على شرط.
٦- التزامات منجزة والتزامات مضافة إلى أجل.
٧- التزامات بسيطة والتزامات تضامنية والتزامات تضامية(١).
٨- التزامات تخييرية والتزامات بدلية.
٩- التزامات أصلية والتزامات تبعية.
١٠- التزامات قابلة للانقسام والتزامات غير قابلة للانقسام.
١١- التزامات متتابعة والتزامات غير متتابعة.

وإذا كانت طبيعة المقرر لا تسمح بالاستفاضة فى شرح أحكام كل نوع من هذه الأنواع، إلا أنه ليس هناك ما يمنع من إلقاء الضوء على أهم هذه التقسيمات، والتى نحتاج إليها فى دراستنا الحالية، وعلى أساس أن باقى التقسيمات سوف تتاح دراستها تفصيلاً بمشيئة الله فى مقرر أحكام الالتزام.

١- الالتزام المدنى والالتزام الطبيعى:(٢)

قد سبق أن رأينا جوهر الالتزام هو الرابطة القانونية ومالية الأداء، ومسؤولية المدين عن تنفيذ التزامه فى جميع أمواله، ولاستكمال بيان ماهية الالتزام يجب تحليل تلك الرابطة إلى عناصرها الأولية التى تتكون منها. وقد أثبتت الدراسات أن فكرة الالتزام لم تنشأ إلا باجتماع عنصرين، هما عنصر المديونية وعنصر المسؤولية. فالعنصر الأول، المديونية، يعبر عن الواجب الذى يفرض على الشخص القيام بأداء معيّن، سواء كان عملاً سلبياً أو إيجابياً، لمصلحة شخص آخر له حق تلقى هذا الأداء. وتنقضى المديونية بالوفاء الاختيارى ولا تخول الدائن أية سلطة لقهر المدين على الوفاء(٣).

أما العنصر الثانى، فبمقتضاه يكون المدين مسؤولاً عن تنفيذ دينه، أى رابطة المسؤولية هى التى تضمن للدائن حصوله على حقه، إذ إن جوهرها هو فكرة القهر والإجبار، فيكون للدائن أن يستأدى حقه قهراً(٤).

---

(١) انظر نبيل سعد، التضام ومبدأ عدم افتراض التضامن، منشأة المعارف، ١٩٨٥.
(٢) انظر فى شرح تفصيلى نبيل سعد، أحكام الالتزام، السابق الإشارة إليه ص١١ وما بعدها.
(٣) انظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٠، ص٢٤ وبصفة خاصة هامش ٢.
(٤) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٠، ص٢٤، ٢٥.

بعد هذه المقدمة البسيطة نستطيع أن نقول إن الالتزام المدنى هو الالتزام الذى يتحقق فيه عنصرا المديونية والمسؤولية. ولهذا يستطيع الدائن أن يجبر المدين على تنفيذه، أى يمكن تنفيذه جبراً على المدين. وهذا هو الوضع العادى فى الالتزام[1]

أما الالتزام الطبيعى، فإنه التزام قانونى، ولكن لا يتحقق فيه إلا عنصر المديونية فقط، دون عنصر المسئولية، ولهذا لا يستطيع الدائن أن يجبر المدين على تنفيذ التزامه، أى أنه لا يمكن تنفيذه جبراً على المدين. ومع ذلك فإن المدين يستطيع أن يقوم بتنفيذ الالتزام الطبيعى تنفيذاً اختيارياً، وفى هذه الحالة يعتبر الوفاء الذى يقوم به المدين وفاءً صحيحاً. ولا يعد تبرعاً. كما أنه لا يستطيع أن يسترد ما أداه طالما أنه عالم بأنه يوفى بالتزام طبيعى[2]. ومن أمثلة الالتزام الطبيعى: الالتزام المدنى الذى ينقضى بالتقادم يتخلف عنه فى ذمة المدين التزام طبيعى، والالتزام المتخلف فى ذمة القاصر نتيجة لإبطال التزامه المدنى بسبب نقص أهليته، والالتزام المتخلف فى ذمة الورثة الذين أبطلوا هبة صادرة من مورثهم لعيب فى شكل هذه الهبة.

٢- الالتزام الشخصى والالتزام العينى:

تنقسم الالتزامات من حيث مدى ارتباطها بشخص المدين فيها ومن حيث المسؤولية عنها، إلى التزامات شخصية والتزامات عينية.

والالتزام الشخصى هو الالتزام العادى الذى يلتزم فيه المدين شخصياً ويكون مسؤولاً عن تنفيذ التزامه فى جميع أمواله، أى تكون ذمته المالية جميعها ضامنة للوفاء بالتزامه.

أما الالتزام العينى فإنه يجب على المدين لا بصفته الشخصية وباعتبار مصدره قد توافر فى جانبه شخصياً، وإنما بصفته صاحب حق عينى يتعلق به هذا الالتزام، وتنحصر المسؤولية عنه فى العين محل هذا الحق دون باقى أموال المدين. ومثال

---

(١) انظر أستاذنا الدكتور توفيق فرج، المرجع السابق، ص١٥ وانظر مادة ٢ موجبات وعقود لبنانى وما بعدها.

(٢) قارن أستاذنا الدكتور جلال على العدوى، مبادئ الالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، هامش ١ صفحة ٨. أصول الالتزامات الجزء الثانى ,ابطة الالتزام، ١٩٨٧، ص٢

الالتزام العيني ما ينص عليه القانون المدني المصري (م٨١٣) على أنه «لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة» في هذه الحالة يقع الالتزام على المدين باعتباره مالكاً للأرض الملاصقة لملك الدائن وليس بصفته الشخصية، وتنحصر مسؤوليته عن هذا الالتزام في هذه الأرض. ومن ذلك أيضاً ما تنص عليه المادة ٨١٤ من القانون المدني المصري من أنه «إذا لم يعد الحائط المشترك صالحاً للغرض الذي خصص له عادة فنفقة إصلاحه أو تجديده على الشركاء بنسبة حصته فيه» وهنا أيضاً نجد أن المدين يلتزم بالنفقة باعتباره شريكاً في الحائط المشترك وليس بصفته الشخصية وتنحصر مسؤوليته في حدود حصته فيه[١].

٣- الالتزام بإعطاء والالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل:

لهذا التقسيم أهمية خاصة سوف تتضح لنا عند دراستنا للموضوعات المختلفة لنظرية الالتزام. وقد جرى الفقه على تقسيم ثلاثي للالتزام، التزام بإعطاء، التزام بعمل، التزام بامتناع عن عمل. والفقه الحديث يقتصر غالباً على ذكر نوعين للالتزامات، الالتزام بعمل والالتزام بامتناع عن عمل. وذلك راجع إلى أن مضمون الأداء في كافة صور الالتزام لا يعدو أن يكون عمل يقوم به المدين، وقد يكون هذا العمل إيجابياً، وهذا هو الالتزام بعمل، وقد يكون هذا العمل سلبياً، وهذا هو الالتزام بالامتناع عن عمل. وعلى ذلك فالالتزام بإعطاء لا يعدو أن يكون التزاماً بعمل. إلا أنه للتبسيط سوف ندرس الأنواع الثلاثة للالتزام.

الالتزام بإعطاء هو الالتزام بنقل حق عيني على عقار أو منقول، أو الالتزام بإنشاء هذا الحق ابتداء[٢] ومثال ذلك التزام البائع أو الواهب بنقل ملكية الشئ المبيع أو الموهوب إلى المشترى أو الموهوب له. وقد يلتزم مالك عقار بإنشاء حق ارتفاق

---

(١) انظر في تفصيل أكثر أستاذنا الدكتور مصطفى محمد الجمال، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام ١٩٨٥، فقرة ١٣ ص١٥، ١٦ انظر المادة ٥٢ موجبات وعقود لبناني
وانظر في القانون الفرنسي Chr. Larroumet, op. cit no 26 p 25

(٢) وتعرف المادة ٤٦ موجبات وعقود لبناني الالتزام بإعطاء بنصها على أن «موجب الأداء هو الذي يكون موضوعه، إما دفع مبلغ من النقود أو أشياء أخرى من المثليات، وإما إنشاء حق عيني» ويعرض المشرع لأحكام هذا الالتزام في المواد ٤٨ – ٤٩ موجبات وعقود لبناني.

على عقاره لفائدة عقار آخر، أو يلتزم بإنشاء رهن عليه لمصلحة دائن.. إلخ. ومن صور الالتزام بإعطاء الالتزام بدفع مبلغ من النقود كالتزام المشترى بدفع الثمن والتزام المستأجر بدفع الأجرة. والتزام من تسبب بخطئه فى الإضرار بغيره بتعويض المضرور نقداً، فالالتزام هنا محله نقل ملكية منقول، هو مبلغ من النقود إلى الدائن بائعاً أو مؤجراً أو مضروراً. غير أنه نظراً لما للنقود من طبيعة خاصة بوصفها أداة للتعامل، فإن الالتزام فى هذه الحالة يختص بأحكام خاصة تميزه عن بقية صور الالتزام بإعطاء كما سنرى خلال دراستنا.

أما الالتزام بعمل هو الالتزام الذى يكون مضمونه قيام المدين بعمل إيجابى لمصلحة الدائن[1] كالتزام المقاول ببناء المنزل، والتزام المحامى برفع الاستئناف، والتزام الممثل بالتمثيل، التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة والقيام بالترميمات الضرورية.

الالتزام بالامتناع عن عمل هو الالتزام الذى يكون مضمونه عدم إتيان المدين لعمل معيّن يملك القيام به قانوناً[2]. من ذلك الالتزام بعدم المنافسة، والتزام الممثل بعدم التمثيل إلا فى الأفلام التى تنتجها الشركة التى تعاقد معها طوال مدة التعاقد.

٤ - الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية:

يقوم هذا التقسيم على أساس أن لكل التزام هدفاً معيناً يرمى الدائن إلى تحقيقه. فهدف المشترى من الاتفاق مع البائع هو أن تنتقل إليه ملكية الشئ المبيع، وهدف صاحب العمل من الاتفاق مع المقاول هو أن يتم له البناء المتفق عليه، وهدف المريض من الاتفاق مع الطبيب هو تحقيق الشفاء. وعلى ذلك إذا تطابق الهدف من الالتزام مع مضمون التزام المدين فإن الالتزام يكون التزاماً بتحقيق نتيجة أو التزاما

(١) وتعرفه المادة ٥٠ موجبات وعقود لبنانى بقولها «موجب الفعل هو الذى يكون فيه المديون ملزماً باتمام فعل وخصوصاً القيام بتسليم ما».

(٢) وتعرفه المادة ٥١ موجبات وعقود لبنانى بنصها على أن «الموجب السلبى هو الذى يكون موضوعه الامتناع عن فعل ما».

عناية، وإذا لم يحدث هذا التطابق وإنما كان مضمون التزام المدين هو مجرد بذل الجهد لتحقيق هذا الهدف دون الالتزام بتحقيقه كان الالتزام التزاماً ببذل عناية أو التزاما بوسيلة. وتطبيقاً لذلك فإن التزام البائع بنقل ملكية الشئ المبيع وتسليمه يتطابق مع الهدف الذى يسعى إليه الدائن، المشترى، من هذا الالتزام فيكون الالتزام التزاماً بتحقيق نتيجة، وبالمثل التزام المقاول يعتبر التزاماً بتحقيق نتيجة. أما مضمون التزام الطبيب هو التزام بعمل وهو علاج المريض، ومضمون هذا الالتزام لا يتطابق مع الهدف الذى يسعى إليه الدائن، المريض، وهو الشفاء وعلى ذلك يكون الالتزام التزاماً ببذل عناية، أى يكون على الطبيب بذل العناية الواجبة فى علاج المريض دون أن يكون ملتزماً بشفائه[1].

• وعلى ذلك فمعيار التفرقة بين النوعين من الالتزامات يكمن فى مدى اتصال الأداء الذى التزم به المدين بالغاية المرجوة من إنشاء الالتزام[2]. فعند تطابق مضمون أداء المدين مع الغاية المرجوة من الالتزام يكون الالتزام التزاماً بتحقيق نتيجة، وعند عدم التطابق يكون الالتزام التزاماً ببذل عناية. ولا يفوتنا فى هذا المجال أن نشير إلى أن تقسيم الالتزام إلى التزام بتحقيق نتيجة والتزام ببذل عناية قاصر فقط على الالتزام بعمل. أما الالتزام بإعطاء والالتزام بالامتناع عن عمل فهما دائماً التزام بتحقيق نتيجة. وأهمية التفرقة بين النوعين تتجلى فى أنه إذا كان الالتزام التزاماً بتحقيق نتيجة، كالتزام البائع بنقل الملكية وتسليم الشئ المبيع، وكالتزام المقاول بإتمام البناء، والتزام الناقل بتسليم البضاعة فى البلد المتفق عليه، والتزام الفنان بالغناء أو التمثيل أو

---

(1) انظر فى تفصيل أكثر: Het L. Mazeaud, J. Mazeaud, par Chabas, op. cit no21 p 13.

(2) إسماعيل غانم: المرجع السابق، فقرة ١٩ ص٣٣. انظر فى تطبيق بصدد عقد نقل الأشخاص نقض ٢٦/٤/١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض، س١٢ ص٥٢٢ حيث قضت «إن عقد نقل الاشخاص يلقى على عاتق الناقل التزاما بضمان سلامة الراكب، بمعنى أن يكون ملتزما بتوصيله إلى الجهة المتفق عليها سليما، وهو التزام بتحقيق نتيجة بحيث إذا أصيب الراكب فانه يكفى أن يثبت أنه أصيب أثناء تنفيذ عقد النقل ويعتبر هذا إثباتا لعدم قيام الناقل بالتزامه، ومن ثم تقوم مسئولية الناقل عن هذا الضرر بغير حاجة إلى اثبات وقوع خطأ من جانبه» «ولا ترتفع مسئولية الناقل عن سلامة الراكب إلا اذا أثبت أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبى»

الرسم، فان تنفيذ هذا الالتزام لا يتم إلا إذا تحققت النتيجة أو الغاية المقصودة وعبء إثبات تحقق هذه النتيجة يقع على عاتق المدين وما على الدائن إلا أن يثبت الالتزام[١]

أما إذا كان الالتزام التزاماً ببذل عناية، كالتزام الطبيب بالعلاج، والتزام المودع عنده بالمحافظة على الشئ المودع، والتزام الوكيل بإدارة أموال الموكل، والتزام المحامى بالدفاع عن حق موكله، فيكفى، لكى يتم تنفيذ هذا الالتزام، أن يقوم المدين ببذل العناية الواجبة سواء تحققت النتيجة المقصودة أو لم تتحقق، كما لو مات المريض، أو هلك الشئ المودع، أو أصيب الموكل بخسارة، أو خسر المحامى القضية. وبناءً على ذلك فإنه فى الالتزام ببذل عناية لا يكفى لتحديد ما إذا كان المدين قد نفذ التزامه، أو لم ينفذه معرفة ما إذا كان الهدف المقصود قد تحقق أو لم يتحقق، بل يجب، إذا لم يتحقق الهدف المقصود، أن نقارن بين العناية التى بذلها المدين فعلاً والعناية التى كان يجب عليه أن يبذلها[٢].

لكن يبقى السؤال الهام ما هو مقدار العناية الواجبة؟ القاعدة أنه «فى الالتزام بعمل إذا كان المقصود من المدين هو:

١- أن يحافظ على الشئ.

٢- أو أن يقوم بإدارته.

٣- أو يتوخى الحيطة فى تنفيذ التزامه، فإن المدين يكون قد وفى بالتزامه إذا بذل فى تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى، ولو لم يتحقق الغرض المقصود. هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غيره». «وفى كل حالة يبقى المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم»[٣].

---

(١) نقض ١٩٦٩/٦/١٢ مجموعة احكام النقض، س٢٠ ص٩٢٩.

(٢) ويرى الفقه الفرنسى أن هذه التفرقة ليست قاصرة على الالتزامات العقدية وانما تمتد لتشمل كل الالتزامات أيا كان مصدرها. انظر: Chr. Larroumet, op. cit, no 53 p. 49.

(٣) انظر نص المادة ٢١١ من التقنين المدنى المصرى، ويقابل هذا النص فى التقنيات المدنية العربية، المادة ٢١٢ من القانون المدنى السورى (مطابق)، والمادة ٢١٤ من القانون المدنى الليبى (مطابق) والمادة ٢٥١ من القانون المدنى العراقى (موافق) والمادة ٢٥٥ من قانون الموجبات اللبنانى (موافق) والتى=

فمعيار العناية الواجبة، على ضوء هذه القاعدة، معيار موضوعي مجرد ولا ينظر فيه إلى شخص المدين بالذات فلا عبرة بالعناية التي اعتاد المدين أن يبذلها في شؤون نفسه وإنما العبرة بالعناية التي يبذلها الشخص العادي. قلت هذه العناية إذ كان المدين شديد الحرص - أو زادت عن العناية التي اعتاد هذا المدين بالذات أن يبذلها إذا كان المدين أقل حرصاً من الشخص العادي.

والشخص العادي أو الرجل المعتاد هو شخص من أواسط الناس لا هو شديد الحرص ولا هو معتاد الاهمال. وتطبيقاً لهذا المعيار نأخذ مثال الطبيب، فلمعرفة ما إذا كان الطبيب قد نفذ التزامه بالعلاج أو لم ينفذه، على المريض أن يثبت أن الطبيب لم ينفذ التزامه فلم يبذل في علاجه العناية الواجبة. وليفصل القاضي فيما إذا كان الطبيب قد نفذ التزامه أو لم ينفذه، يحاول الإجابة عن السؤال الآتي، هل لو أن طبيباً عادياً في مثل تخصصه وجد في مثل ظروف هذا الطبيب بالذات، كان سيبذل من العناية ما بذله هذا الطبيب المعنى أم لا؟ فإذا كان الإجابة بالإيجاب فإن الطبيب يكون قد نفذ التزامه حتى ولو لم تتحقق النتيجة، أي شفاء المريض، أما إذا كانت الإجابة بالنفي فإن الطبيب يكون مسؤولاً عن عدم تنفيذه لالتزامه لعدم بذله العناية الواجبة، عناية الطبيب العادي في مثل تخصصه. وفي كل حال يبقى الطبيب مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم.

ويتضح من قراءة النص السابق أن هذه القاعدة ليست مطلقة، ولكن قد ينص القانون في بعض الحالات، أو قد يتفق المتعاقدان، على مقدار من العناية أزيد أو أقل.

من الحالات التي ينص فيها القانون على مقدار من العناية أزيد من عناية الرجل العادي نص المادة ١/٦٤١ من التقنين المدني المصري، وهي خاصة بعقد العارية فهذا العقد قد أبرم لمصلحة المستعير ولذلك يتشدد القانون في مقدار العناية التي يجب على المستعير أن يبذلها في المحافظة على الشيء، إذ يجب عليه أن يبذل «العناية» التي يبذلها في المحافظة على ماله دون أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل «المعتاد».

= تنص على أنه «في بعض العقود وعلى وجه الاستثناء، لا يكون المدين مسؤولاً لمجرد عدم تنفيذه العقد بل يكون الحاق التبعة به موقوفاً على إرتكابه خطأ يجب على الدائن إثباته ويعين القانون درجة أهميته»

ومن الحالات التى ينص فيها القانون على مقدار من العناية أقل من عناية الرجل العادى نص المادة ١/٧٠٤ من التقنين المدنى المصرى وهى تتعلق بعقد الوكالة بغير أجر، وهو عقد قصدت به مصلحة الموكل. ولذلك يتساهل القانون فى مقدار العناية الواجبة من الوكيل فى تنفيذ الوكالة، فيكفى أن يبذل «العناية التى يبذلها فى أعماله الخاصة، دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد». وهذا لا يمنع بطبيعة الحال من الاتفاق على أن يكون التزام الوكيل بتحقيق غاية ومن ذلك ان يتفق الموكل مع المحامى على الا يستحق الاتعاب أو على الا يستحق المؤخر منها إلا إذا كسب الدعوى»[1].

وفى غير هذه الأحوال التى ينص عليها القانون يجوز للمتعاقدين كذلك أن يتفقا على مقدار من العناية يختلف عن مقدار العناية الواجبة بمقتضى القاعدة السابقة. غير أنه لا يجوز أن يؤدى الاتفاق على التقليل من العناية الواجبة من المدين إلى حد إعفائه من المسئولية فى حالتى الغش والخطأ الجسيم[2].

ثالثا: مصادر الالتزام

يقصد بمصدر الالتزام السبب القانونى الذى أنشأه. فعقد البيع هو مصدر التزام المشترى بدفع الثمن والتزام البائع بنقل ملكية وتسليم الشئ المبيع. وعقد الإيجار هو مصدر التزام المستأجر بدفع الأجرة، والتزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة. والعمل غير المشروع هو مصدر التزام من تسبب بخطئه فى إحداث الضرر بالغير بالتعويض عن هذا الضرر وهكذا.

فى فرنسا قد تأثر قانون نابليون بالقانون الرومانى فى تقسيم مصادر الالتزام.

فهى تنحصر فى **العقد** وهو توافق إرادتين على إنشاء إلتزام أو أكثر فى ذمة كل من المتعاقدين أو فى ذمة أحدهما (م ١١٠١ وما بعدها).

- وشبه **العقد** (م١٣٧١): وهو يتمثل فى الاعمال الارادية البحتة الصادرة من

(١) انظر نقض ١٩٧٧/٢/٢٣ مجموعة أحكام النقض س٢٨ ص٥١١.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٩ ص٣٥.

الانسان، والتى ينشأ عنها إلتزام قبل شخص آخر، أو أحيانا التزامات متبادلة بين الطرفين كالفضالة ودفع غير المستحق.

- **والجريمة:** وهى تتمثل فى عمل ضار يأتيه فاعله متعمداً الاضرار بالغير، مثال ذلك إتلاف مال الغير عمداً.

- **وشبه الجريمة:** وهى تتمثل فى عمل ضار ولكن ليس بقصد الاضرار، فهو يصدر عن إهمال أو رعونة أو عدم إحتياط (م١٣٨٣)(١).

وقد نظم القانون المدنى المصرى مصادر الالتزام فى فصول متعاقبة دون أن يلجأ إلى تقسيمها تقسيماً علمياً أو فنياً، حيث أن ذلك يخرج عن عمل المشرع ويدخل فى نطاق اجتهاد الفقهاء والشراح. وهذه المصادر بحسب ترتيبها التى وردت به فى القانون المصرى هى على النحو التالى:

١- العقد.
٢- الإرادة المنفردة.
٣- العمل غير المشروع.
٤- الإثراء بلا سبب.
٥- القانون(٢).

(١) انظر فى مصادر الالتزامات فى القانون الفرنسى

Chr. Larroumet, op. cit, no 42, p. 30 et S., F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, op. cit, no 14 p. 21, Het J. Mazeaud, par Chabas, op. cit., no 45 p 44 et s.

(٢) انظر عبد الرزاق السنهورى، مصادر الحق فى الفقه الإسلامى جزء ١، ١٩٦٧، ص٦٩، حيث أنه بعد أن قام بالتحليل التفصيلى لمصادر الالتزام، فى كل من الفقه الإسلامى، وتقسيمها علمياً وفنياً، انتهى إلى أن مصادر الحقوق فى الفقه الإسلامى، كما هى فى فقه القانون المعاصر، لا تعدو أن تكون مصدرين اثنين: التصرف القانونى، ويشمل العقد والارادة المنفردة، والواقعة القانونية، وتشمل العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب وانظر فى تفصيل ذلك بحثه بعنوان التصرف القانونى والواقعة القانونية، دروس لقسم الدكتوراه، مطبعة البرلمان ١٩٥٣ - ١٩٥٤ والوسيط، جـ١ ١٩٦٤ دار النهضة العربية فقرة ٢١ ص ١٣١ وما بعدها

الكتاب الأول
المصادر الإرادية
العقد - الإرادة المنفردة

وسوف نقتصر هنا على دراسة المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، على أن نتولى دراسة المصادر غير الإرادية فى الكتاب الثانى.

خطة الدراسة:

نظراً للمكانة الهامة التى يشغلها العقد بين مصادر الالتزام، والدور الكبير الذى يلعبه فى الحياة العملية، فإن دراستنا تتركز حول التعريف بالعقد، وبيان أركانه وشروط صحته، وآثاره، ثم نعقب ذلك بدراسة الإرادة المنفردة - وعلى ذلك فإن خطة الدراسة ستكون على النحو التالى:

الباب الأول: التعريف بالعقد.

الباب الثانى: تكوين العقد.

الباب الثالث: آثار العة ..

الباب الرابع: الإرادة المنفردة.

الباب الأول
التعريف بالعقد

تمهيد وتقسيم: بطبيعة الحال فإنه قبل الخوض فى تفصيل أحكام العقد يجب أن نقف على ماهية العقد وتحديد نطاقه وأساس قوته الملزمة ثم نعرض بعد ذلك لتقسيماته: ولذلك سنعالج فى هذا الباب النقاط السابقة فى فصلين على التوالى:

الفصل الأول: ماهية العقد وأساس قوته الملزمة.

الفصل الثانى: تقسيمات العقود.

الفصل الأول
ماهية العقد وأساس قوته الملزمة

وندرس في هذا الفصل على التوالي، تعريف العقد وتحديد نطاقه، ثم بعد ذلك نعرض لمبدأ سلطان الإرادة.

المبحث الأول: تعريف العقد وتحديد نطاقه

وفي هذا المبحث نعرض أولاً لتعريف العقد، ثم على ضوء هذا التعريف يمكننا أن نحدد نطاقه.

المطلب الأول: تعريف العقد

وفي هذا الصدد يجب أن نحدد أولاً، العلاقة بين العقد والاتفاق، ثم بعد ذلك نقف على التعريف المختار للعقد، وذلك حتى يتسنى لنا تحليله وبيان عناصره.

أولاً - الاتفاق والعقد: قد نشأت هذه التفرقة منذ وضع التقنين المدني الفرنسي حيث أنه في مادته ١١٠١ ينص على أن «العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أشخاص في مواجهة شخص أو أشخاص آخرين، بإعطاء شيء، أو القيام بعمل، أو بالامتناع عن عمل»[1].

فهذا النص يجعل من الإتفاق جنساً والعقد نوعاً من أنواعه. فالاتفاق هو تلاقي إرادتين على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر القانوني هو إنشاء التزام، كما في البيع، أو نقله، كما في الحوالة، أو تعديله، كما في إضافة أجل جديد للالتزام،

(١) انظر نص المادة ١٦٥ موجبات وعقود لبناني والذي ينص على أن «الاتفاق هو كل إلتئام بين مشيئة وأخرى لانتاج مفاعيل قانونية - واذا كان يرمي إلى إنشاء علاقات إلزامية سمي عقداً».

أو إنهائه، كما في الوفاء أما العقد فهو أخص من الاتفاق، إذ هو اتفاق ينشئ التزاماً فقط

وقد انتقد كثير من الفقهاء في فرنسا هذه التفرقة حيث أنها ليست لها قيمة عملية ولا يترتب عليها أية نتائج قانونية، ولذلك قد استقر الفقه في مجموعه على هجر هذه التفرقة واستعمال العقد والاتفاق كلفظين مترادفين[1] وعلى ذلك يجب أن نعرض لتعريف العقد حتى يتسنى لنا الوقوف على العناصر المكونة له.

ثانيا – العقد والتصرف القانوني بالارادة المنفردة والتصرف القانوني المتعدد الأطراف

- **العقد** هو تصرف قانوني تتلاقى فيه إرادتين فهو ثنائي التكوين bilatéraux هذا العقد هو الأكثر أهمية والأكثر شيوعا وهو الذى يشكل محور نظرية العقد كموطن للقواعد العامة.
- **أما التصرف القانوني بالارادة المنفردة acte unilatéral** فهو التصرف القانوني الذى يكون قوامه إرادة واحدة تنصرف إلى إحداث أثر قانوني معين، أيا كان هذا الأثر، إنشاء التزام أو حق عيني أو إنهاؤه، أو تأكيد وجود عقد أو إنهاؤه

---

(١) أنظر:

J. Flour. J.L. Aubert, op. cit. vol. 1. No. 80 P 57 et 58.

J. Carbonnier, Droit civil. Les obligations, 1979, No. 7 P. 40.

A. Weil, F. Terré Droit civil. les obligations. 1986, No. 23 P. 25.

J. GHESTIN, Traité de Droit civil, les obligations, le contrat, 1970, No. 5 P. 4. B. Starck. op. cit. No. 1009, 339, Comp. Ph. Malaurie, L. Aynès, op. cit., No. 224. P. 159. Chr. Larroumet, op. cit, no 73 p. 70.

وقد اتبع المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى هذا النهج حيث إنه نص فى مادته ١٢٢ على أن «العقد اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها». وإذا كان هذا النص قد حذف فى المشروع النهائى فإنه لم يقصد بهذا الحذف هو الرجوع إلى التفرقة بين الاتفاق والعقد، وإنما يعبر عن سياسة تشريعية عامة جرت عليها لجنة المراجعة وهى تجنب الإكثار من التعريفات حيث إن التعريف أقرب إلى عمل الفقيه منه إلى عمل المشرع.

أو غيـر ذلك من آثار. فـالتـصـرف القـانونى بالارادة المنفـردة دائـما وأبداً آحادى التكوين.

- **التصرف القانونى متعدد الاطراف L' acte juridique multilatéral**[1]

هذا التصـرف يشتـمل على نوعين أحدهمـا بسيط والآخر أكـثر تعقيداً: الأول ينصرف إلى العقد المتعدد الأطراف Le Contrat multilatéral، والثانى ينصرف إلى العملية القانونية ذات الاشخاص الثلاثة L'opération juridique à trois personnes.

* **العـقـد المتـعـدد الأطراف**، وهو العقـد الذى يتضـمن أطراف متعددة ذات مركز قانونى واحد. بمعنى أنه العقد الذى يوجد به أكثر من دائن, أو أكثر من مدين ولكن كل من الدائنين أو المدينين سيكونوا فى نفس المركز القانونى بعضـهم فى مواجهة البعض. مثال ذلك عقد العمل الجماعى الذى يبرم بين واحد أو أكثر من أصحاب العمل أو بين نقابة أصحاب الأعمال ونقابة العمال. فعلى فرض أن هذا العقد قد أبرم بين عددا من أصحاب الاعمال ونقابة العمال فإن المركز القانونى لأى من أصحاب الأعمال سيكون مماثل تماما لمركز الآخرين، وبصفة خاصة فان كل منهم سيقع عليه نفس الالتزامات التى تقع على أقرانه فى مواجهة نقابة العمال. وبالمثل بالنسبة لعقد القسمة حيث أن كل من المتقاسمين سيكون فى نفس المركز القانونى فى مواجهة بعضهم البعض، وكذلك عقد الشركة، سيكون كلّ الشركاء فى نفس المركز القانونى فى مواجهة بعضهم البعض[2].

ومما تجـدر مـلاحظتـه إذا تعـدد المدينين أو الدائنين فى الالتـزام بدفع مـبلغ من النقـود فـان الاصل انقسـام الدين أو الحق بينهـم ما لم يتـفق على التـضامن أو ينص عليه القانون.

---

(١) انظر بصـفـة عـامـة Rauast, Eassai sur la notion juridlique de contrat-collectif, thèse, Lyon 1909, Roujan- de Baubee Eassai sur L'acte juridique collectif 1961

(٢) انظر فى ذلك Chr. Larroumet, op. cit, no 76 p. 71

* العملية القانونية ذات الأشخاص الثلاثة L'opération juridique à trois personnes [1] فى هذه العملية يكون كل شخص من أشخاصها الثلاثة فى مركز مختلف عن الآخرين وهى تختلف من هذه الناحية عن العقد متعدد الأطراف. فى الواقع أن هذا التصرف سيكون من حيث محله وأثره أن يضع كل من الأشخاص الثلاثة المعنيين فى مركز قانونى مختلف فى مواجهة الآخرين. وهذا هو القاسم المشترك فى كل العمليات القانونية ذات الأشخاص الثلاثة. لكن هناك نوعين مختلفين من العمليات القانونية ذات الأشخاص الثلاثة بحسب ما إذا كان قد ساهم فى إبرام التصرف إرادتين فقط أم أنه قد اشترك الثلاثة أشخاص فى إبرامه.

ومن أمثلة النوع الأول الاشتراط لمصلحة الغير، وعقد التأمين وهذا النوع يعتبر إستثناء على مبدأ نسبية أثر العقد.

ومن أمثلة النوع الثانى الانابة والضمان بمجرد الطلب.

ثالثا- تحديد المقصود بالعقد: يمكن تعريف العقد بأنه، تلاقى إرادتين أو أكثر على ترتيب آثار قانونية، سواء كانت هذه الآثار هى إنشاء الالتزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه.

ومن هذا التعريف يتضح لنا أهم عناصره:

١- أن العقد عبارة عن تلاقى إرادتين، وهذا هو جوهر العقد ومناط وجوده. وعلى ذلك فلا يكفى أن تتجه إرادة واحدة إلى أمر معين، بل يجب أن تتلاقى هذه الإرادة مع إرادة الطرف الآخر. ومن هذا التلاقى ينشأ التراضى الذى يمثل جوهر كل اتفاق.

---

(١) Chr. Larroumet, les opérations juridiques à trois personnes en droit prive thèse Bordeaux 1968, Teyssie, les groups de contrats, 1975; Goutal, Essai sur le principe de l'affet relatif du contrat 1981, François, les opérations juridiques trianglaires attributives (délégation et stipulation pour autrui) thèse Paris 1994; Tchendjou, les application contemporaines de la stipulation pour autrui thèse Paris 1995.

وبطبيعة الحال لا يشترط أن يتم تلاقى الإرادتين على كل الشروط التفصيلية للعقد وإنما يكفى الاتفاق على المسائل الجوهرية. فمثلاً عقد البيع يلزم أن تتلاقى الإرادتين على الشئ المبيع والثمن، أما مكان وزمان التسليم ونفقاته فيمكن الاتفاق عليهم فيما بعد، وإن لم يتفق على هذه المسائل التفصيلية فهناك قواعد مكملة تحكمها. كل هذا لم يتبين من إرادة الأطراف تعليق قيام العقد ذاته على الاتفاق على هذه المسائل التفصيلية، وفى هذه الحالة لا ينعقد العقد إلا بعد الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية والتفصيلية.

كما يلزم ألا يكون هناك أى غلط أو لبس حول طبيعة العقد، فمثلاً إذا اتجهت إرادة أحد الأطراف إلى إعطاء شخص شئ معيّن على سبيل العارية واتجهت إرادة الطرف الآخر إلى أن هذا الشئ قد أعطى له على سبيل الهبة، فإن العقد لا يقوم من أساسه وذلك لعدم تلاقى الإرادتين، وذلك على النحو الذى نراه تفصيلاً فيما بعد.

٢- يجب أن يكون تلاقى إرادة المتعاقدين على ترتيب آثار قانونية: فلا يكون هناك عقد إذا كان الاتفاق لم يستهدف هذه الغاية. وهذه أيضاً مسألة وقائع يقدرها القاضى على ضوء الظروف الملابسة للاتفاق.

وبناءً على ذلك فإن تصرفات المجاملة لا تنشئ عقوداً لأنها لا ترتب آثاراً قانونية. فدعوة صديق للغذاء وموافقته على ذلك لا تنشئ عقداً بين الداعى والمدعو. وكذلك بالنسبة للخدمات المجانية فإنها لا تنشئ عقوداً، ما دامت الإرادة لم تتجه إلى الالتزام قانوناً. فالصديق الذى يدعو صديقاً له لنزهة فى سيارته ويوافق الصديق على ذلك، أو الطبيب الذى يعالج صديقاً له دون أجر، لا تتجه إرادة أى منهما إلى انشاء رابطة قانونية عن طريق التعاقد.

على أنه يجب أن يراعى فى هذا الصدد أن استخلاص نية إنشاء الالتزام مسألة موضوعية تختلف باختلاف الظروف. ولا يكفى فى ذلك الاعتداد بالصفة المجانية للالتزام، فدعوة صديق لتناول الطعام لا تنشئ التزاماً قانونياً، ولكنها تكون كذلك إذا تعهد بها صاحب العمل للعامل الذى يعمل فى مصنعه[١].

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥

المطلب الثانى – نطاق العقد

والمقصود بنطاق العقد هو بيان مجال العقد بالمعنى المفهوم فى القانون الخاص، والذى يخضع للأحكام الواردة فى النظرية العامة للعقد.

ويتحدد نطاق العقد فى هذا الصدد بأمرين:

١ – الطبيعة المالية للأداء الملقى على عاتق المدين.
٢ – وأن يكون الاتفاق فى دائرة القانون الخاص.

أولاً – الطبيعة المالية لأداء المدين: ما دمنا بصدد معاملات مالية، فالمفهوم بداهة أن دراستنا تقتصر على العقد الذى ينشئ التزامات يكون أداء المدين فيها مالياً. ولذلك يخرج من معنى العقود والاتفاقات التى تقع فى دائرة القانون الخاص العقود والاتفاقات التى تكون متعلقة بالأحوال الشخصية، كالزواج، والتبنى بالنسبة للدول التى تعتد به[١].

غير أنه لا يشترط فى العقد أن تكون المصلحة التى يتوخاها الدائن من العقد مصلحة مالية بل يكفى أن يكون مضمون الأداء الذى يلتزم به المدين ما يمكن تقديره بالنقود وفقاً للاعتبارات السائدة فى المجتمع وقت الاتفاق، ولو كانت المصلحة التى توخاها الدائن من ذلك الاتفاق مصلحة أدبية بحتة. وبذلك يدخل فى معنى العقد اتفاق الفنان مع شخص آخر على أن يرسم له صورة. فأداء الفنان هنا مما يقبل التقدير المالى، ولا يهم أن تكون مصلحة الدائن، وهى الحصول على لوحة لصورته مصلحة غير مالية. ومن هذا القبيل أيضاً العقود التى تنعقد بين جمهور الناس ودور السينما والمسرح والملاهى، والعقد الذى يعقده صاحب المنزل مع بستانى يتعهد برعاية حديقته[٢].

---

(١) انظر أستاذنا شمس الدين الوكيل، مبادئ القانون الخاص، ١٩٦٥م، فقرة ١٧٢ ص٢٧٣، ٢٧٤. قارن عبد المنعم البدراوى، النظرية العامة للالتزامات، فى القانون المدنى المصرى، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ١٩٧٧م، فقرة ٣١ ص٤٤، ٤٥.

(٢) انظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥ ص ١٥، ١٦، شمس الدين الوكيل المرجع السابق، فقرة ١٧٢، ص٢٧٤.

ثانياً أن يكون الاتفاق فى دائرة القانون الخاص. وبذلك يخرج عن نطاق العقد بالمعنى الذى نقصده، الاتفاقات الواقعة فى دائرة القانون العام. فالاتفاق الدولى الذى يعقد بين الدول يخضع للقانون الدولى العام. والعقود التى تبرمها الدولة بوصفها سلطة عامة مع الأفراد يخضع للقانون الإدارى. وذلك كعقد التزام المرافق العامة والأشغال العامة.

ويلاحظ فى هذا الشأن أن هناك عقوداً تبرمها الدولة بوصفها شخصاً عادياً تعتبر فى حكم الأفراد، وتخضع لأحكام القانون المدنى، كعقد إيجار أو بيع مال من أموال الدولة الخاصة. كما يجب أن يلاحظ أن النظرية العامة للعقد لها تأثير كبير على تنظيم المعاهدات الدولية والعقود الإدارية.

المبحث الثانى. أساس القوة الملزمة للعقد
مبدأ سلطان الإرادة

يهيمن على نظرية العقد مبدأ تقليدى هام، هو مبدأ سلطان الإرادة Le Principe de l'autonomie de la Volonté وهذا المبدأ هو نتاج الفلسفة السياسية الفردية فى القرن الثامن عشر، والحرية الرأسمالية فى الاقتصاد التى بلغت أوجها فى القرن التاسع عشر.

ونعرض لمبدأ سلطان الإرادة فى مطلبين على التوالى

المطلب الأول. مبدأ سلطان الإرادة ومداه.
المطلب الثانى تقدير مبدأ سلطان الإرادة

المطلب الأول: مبدأ سلطان الإرادة ومداه[1]

مبدأ سلطان الإرادة يعبر عن فقه الفلسفة القانونية التى كانت سائدة فى أعقاب

---

(1) انظر المراجع الفرنسية السابق الإشارة إليها ص٢٦ هامش ..، وبصفة خاصة أستاذنا
J. FLOUR, et J.L AUBERT OP cit No 549 et s P 68 et s
Chr Larroumet op Cit no 111 p 100 et s

الثورة الفرنسية. ومقتضى هذا المبدأ أن الالتزام العقدى، يرتكز على إرادة المتعاقدين فقط فهذه الإرادة هى التى تحدد فى الوقت نفسه مصدر ونطاق الحقوق والالتزامات التى تم التعبير عنها. بل يذهب أنصار هذا المبدأ إلى أبعد من ذلك ويروا أنه، حتى فى خارج نطاق العقد، يجب أن يقوم كل التزام على الإرادة، وبدون ذلك فلا قيمة له

وهذا المبدأ وإن كان يعبر عن صياغة فقهية، حيث إن التقنين المدنى الفرنسى لم يعرض له مباشرة، إلا أنه يستفاد ضمناً من نصوص هذا التقنين. وعلى ضوء ذلك يجب أن نعرض أولاً لنطاق المبدأ، ثانياً: أساس المبدأ.

أولا: نطاق المبدأ

القول بأن للإرادة سلطان يعنى أن كل شخص حر فى أن يتعاقد أو لا يتعاقد وهذه نتيجة منطقية وبديهية خاصة عند صدور التقنين المدنى الفرنسى، وبالتالى لا تستدعى الوقوف عليها طويلاً. ولكن الأكثر أهمية هو بيان دور الإرادة فى تكوين العقد وتحديد آثاره.

١ - مبدأ سلطان الإرادة وتكوين العقد:

فدور الإرادة، باعتبارها مصدراً منشئاً للالتزام، يظهر بوضوح سواء فيما يتعلق بإبرام العقد وفيما يتعلق بمضمونه.

أ- فبالنسبة لإبرام العقد - مبدأ الرضائية: أن النتيجة المباشرة والطبيعية لمبدأ سلطان الإرادة فى نطاق إبرام العقود هو مبدأ الرضائية. ومقتضى هذا المبدأ أنه يكفى لإبرام العقد مجرد التراضى دون اشتراط أى شكل أو إجراء آخر. وقد حدا ذلك بالفقهاء التقليديين بأن يعتبروا ما يتطلبه القانون، فى بعض الحالات الاستثنائية، من شكل معيّن أو اجراء معيّن لإبرام العقد من قبيل الأمور الشاذة[1].

ب- أما بالنسبة لمضمون العقد - مبدأ الحرية التعاقدية:فمبدأسلطان

---

(١) وتنص المادة ٣/١٧١ موجبات وعقود لبنانى على أن «الأساس تتكون العقود بمجرد رضى المتعاقدين الاختيارى فلا يتحتم إبرازها فى أية صيغة رسمية إلا بمقتضى نص من القانون يوجب استعمالها

الإرادة يقتضى أن يكون للأطراف مطلق الحرية فى تحديد مضمون العقد، بمعنى أنهم أحرار فى تحديد حقوقهم والتزاماتهم الناشئة عن العقد[1].

ويترتب على مبدأ الحرية التعاقدية عدة نتائج:

أولاً: إن الأفراد أحرار فيما ينشئونه من عقود، وبالتالى فإن عدد وأنواع هذه العقود التى يمكن أن تبرم فى الحياة العملية لا تخضع لتحديد ولا لتعديد.

ثانياً: أن القاضى عندما يقوم بتقدير صحة عقد ما فإنه ينبغى عليه - من حيث المبدأ - ألا يدخل فى اعتباره أى عنصر أجنبى على الإرادة. فما أراده المتعاقدين هو وحده الذى يلزمهم.

ثالثاً: ذهب الفقهاء التقليديون إلى ضرورة تفسير مبدأ عدم مخالفة العقود للنظام العام أو الآداب تفسيراً ضيقاً لأنه يشكل اعتداء على مبدأ أساسى وهو مبدأ الحرية التعاقدية.

وكثيراً ما يقع الخلط بين مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ الرضائية ومبدأ الحرية التعاقدية. ولكن يجب أن نقرر أن المبدأ الأساسى هو مبدأ سلطان الإرادة وأنه ينتج وينشأ عنه هذان المبدآن.

٢ - مبدأ سلطان الإرادة وآثار العقد

إن كان الأفراد أحراراً فى إبرام وتحديد شروط العقد، فذلك لأنهم هم وحدهم الذين يلتزمون به. هذا ما يجرنا إلى الحديث عن مبدأ القوة الملزمة للعقد ومبدأ نسبية أثر العقد باعتبارهما انعكاساً لمبدأ سلطان الإرادة فى نطاق آثار العقد.

أ- آثار العقد فيما بين المتعاقدين: التفسير والقوة الملزمة للعقد. كنتيجة طبيعية لمبدأ سلطان الإرادة فإن تفسير العقد يقف عند تفسير الإرادة المشتركة للمتعاقدين. فعندما تكون عبارة العقد غامضة أو غير واضحة أو ناقصة فإن القاضى،

---

(١) وتنص المادة ١٦٦ موجبات وعقود لبنانى على «أن قانون العقود خاضع لمبدأ حرية التعاقد فللأفراد أن يرتبوا علاقاتهم القانونية كما يشاؤون بشرط أن يراعوا مقتضى النظام العام والآداب العامة والأحكام القانونية التى لها صفة الزامية»

في هذه الحالة، لا يمكنه أن يدخل على هذا العقد الآثار التي يعتقد أنها أكثر عدلاً أو أكثر فائدة وإنما يستخلص الآثار التي تبدو له أنها تقابل أكثر للإرادة المفترضة للمتعاقدين.

من ناحية أخرى نجد أن مبدأ سلطان الإرادة يملي مبدأ القوة الملزمة للعقد فيما قرره المتعاقدون يلزمهم، بصفة نهائية في حدود ما أرادوه. فالعقد شريعة المتعاقدين لا يجوز لهم نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو وفقاً لما يقرره القانون من أسباب (م١٤٧/١ مدني مصري) كما لا يجوز للقاضي تعديل ما اتفق عليه الأطراف بحر إرادتهم[1].

ب- مبدأ الأثر النسبي للعقد: وطبقاً لهذا المبدأ فإن العقد، وقوامه تراضي الطرفين لا ينشئ علاقة التزام إلا بين الطرفين اللذين تراضيا على إنشاء هذه العلاقة، وبالتالي فلا ينشئ في ذمة الغير التزاماً ولا يكسبه حقاً. وهذا المبدأ يعتبر نتيجة طبيعية لمبدأ سلطان الإرادة.

وإذا كان الخلف العام لا يعتبر من الغير بالنسبة للعقد الذي يبرمه السلف، لذلك ذهب الفقه التقليدي إلى إزالة هذا التناقض الظاهر على أساس أن الخلف العام ليس إلا امتداد لشخصية سلفه. أما بالنسبة للخلف الخاص فإنه يبقى أجنبياً عن العقد الذي يبرمه السلف.

ثانيا: أساس مبدأ سلطان الإرادة

إذا كان العقد شريعة المتعاقدين، بمعنى أنه يرتكز أساساً على إرادة الطرفين، فإنه ينبغي أن تكون هناك أسباب أخرى تدعمه وتقويه على الأقل في نظر واضعي التقنين المدني الفرنسي.

ولذلك ذهب الفقه التقليدي إلى أن مبدأ سلطان الإرادة يقوم على أساس فلسفي، وأساس اقتصادي.

---

(١) وتنص المادة ١/٢٢١ موجبات وعقود لبناني على أن «العقود المنشأة على الوجه القانوني تلزم المتعاقدين»

١ - الاساس الفلسفى لمبدأ سلطان الإرادة

والأساس الفلسفى يقوم على فكرتين فلسفيتين، فكرة الحرية الطبيعية للإنسان، وفكرة العقد الاجتماعى.

أ- مبدأ سلطان الإرادة والحرية الطبيعية للإنسان : من الناحية الفلسفية فإن مبدأ سلطان الإرادة يقوم على اعتقاد راسخ بأن هناك حرية طبيعية للإنسان. فالقاعدة القانونية لها ارتباط وثيق بالفلسفة التى كانت سائدة فى القرن الثامن عشر. وقد كانت الفلسفة السائدة فى هذا القرن تقوم على تأكيد ما للأفراد من حقوق فى مواجهة الدولة، وقد أدى ذلك إلى إعلان حقوق الإنسان عام ١٧٨٩م.

فالمجتمع لابد له من أن يقر للإنسان بأكبر قدر من الحقوق وأن يكرس الحرية التى تخصه بصفة طبيعية. ومبدأ سلطان الإرادة ليس إلا أحد الوجوه الخاصة لهذه الفلسفة العامة. ومن هذه الحرية التى أقرت كمبدأ عام ينشأ نتيجتان: فمن ناحية، فإن الإنسان لا ينبغى أن يخضع إلا للالتزامات التى ارتضاها، ومن ناحية أخرى، أن كل ما يرتضيه من التزامات يفرض عليه. فالإنسان كائن حر، وهذا يعنى أنه يستطيع أن يقيد بنفسه هذه الحرية عن طريق ما يبرمه من عقود، فلا توجد حرية حقيقية ما لم تتضمن سلطة ذاتية لتحديدها. فالإنسان الحر يستطيع أن يقيد نفسه بنفسه.

ب- مبدأ سلطان الإرادة والعقد الاجتماعى: ونظرية العقد الاجتماعى ليست الا وجهاً آخر لهذه الفلسفة. فنظرية العقد الاجتماعى تعتبر حقيقة تاريخية، عند البعض، وتعتبر تبريراً عقلياً ومنطقياً للاجبار الذى تفرضه الحياة فى المجتمع، عند البعض الآخر. وعلى أى حال فإن هذه النظرية لها صدى أيضاً فى نطاق القانون الخاص. وهذه النظرية ترى أن الإنسان يقبل العيش فى المجتمع، بما يفرضه عليه ذلك من حقوق والتزامات، بإرادته، ولا يمكن أن يتصور غير ذلك.

ونظرية العقد الاجتماعى تعتبر سنداً قوياً لمبدأ سلطان الإرادة. فإذا كانت الإرادة الإنسانية لها القوة الكافية لإنشاء المجتمع وما ينشأ عن ذلك من التزامات عامة، فإنه يكون لها ذلك من باب أولى فى إنشاء الالتزامات الخاصة التى تربط بين دائن ومدين.

٢- الأساس الاقتصادى لمبدأ سلطان الإرادة:

ويقوم الأساس الاقتصادى على فكرتين أساسيتين: ارتباط مبدأ سلطان الإرادة بالحرية الاقتصادية، وارتباط الحرية التعاقدية بالمنفعة الاجتماعية.

أ- مبدأ سلطان الإرادة والحرية الاقتصادية - الحرية التعاقدية والعدالة: مبدأ سلطان الإرادة ليس إلا انعكاساً لسياسة الحرية الاقتصادية فى نطاق القانون الخاص. وهذه السياسة، التى تأكدت خلال القرن الثامن عشر والتى كانت تتضمنها تشريعات الثورة الفرنسية، وتقوم على مبدأ أساسى وهو «دعه يعمل دعه يمر» Laisser Faire et Laisser Passer. الفكرة الأساسية لسياسة الحرية الاقتصادية تكمن فى السماح للأشخاص بتبادل الثروات والخدمات بمحض اختيارهم. وترجمة ذلك فى نطاق القانون هو السماح للأشخاص بأن يتعاقدوا كما يشاءون وبمحض إرادتهم. وهذه هى خير وسيلة لقيام علاقات أكثر عدلاً فيما بين هؤلاء الأشخاص، وكذلك أكثر فائدة من الناحية الاجتماعية.

فحيث يلتزم المدين فإن ذلك يكون نتيجة ما أبرمه من عقد محققاً لمصالحه. فليس هناك أى إنسان عاقل يرتضى اتفاقاً يسبب له ضرراً. أما بالنسبة للالتزام المفروض على الشخص فهناك احتمال أن يكون جائراً بالنسبة له، أما الالتزام الذى ارتضاه لا يمكن أن يكون كذلك فى نظرهم. ومن وجهة نظر هذه الفلسفة فإن الغبن لا يمكن أن يتصور فى العقود. وقد صاغوا ذلك فى عبارة وجيزة لها دلالة كبيرة «فمن قال عقد قال عدل».

ب- الحرية التعاقدية والمنفعة الاجتماعية: فبالنسبة للمنفعة الاجتماعية فأنصار الحرية الاقتصادية، يعتقدون أن حرية المبادرات الفردية كفيلة بأن تحقق تلقائياً الإزدهار والتوازن الاقتصادى، فقانون العرض والطلب - والذى يفترض قيام سوق المنافسة الكاملة - وبالتالى الحرية الاقتصادية، ليس كفيلاً بأن يطوع الثمن للقيمة فحسب وإنما أيضاً يطوع الإنتاج للحاجات. وهذا يعنى ببساطة بإن هناك آلية اقتصادية Automatisme économique انسجاماً طبيعياً L'harmonie naturelle هذا ما جعل باستيا Bastiat يمجده فيما بعد فى كتابه Les harmonies économiques.

ومن هذا المنطلق فإن المصلحة العامة ليست إلا مجموع المصالح الخاصة أو الفردية. فالحرية الاقتصادية تقوم، بصفة أساسية، على اعتقاد قوامه أن الأفراد فى سعيهم لتحقيق مصالحهم الشخصية، وهم فى ذلك أحرار، يقومون فى الوقت نفسه، بدون قصد، بخدمة المجتمع.

المطلب الثانى: تقدير مبدأ سلطان الإرادة

وفى هذا المجال يجب أن نقيّم كلا من الأساس الفلسفى والاقتصادى لمبدأ سلطان الإرادة، ثم بعد ذلك نعرض لمصير مبدأ سلطان الإرادة.

أولاً: انتقاد مبدأ سلطان الإرادة

وهذا الانتقاد ينصّب أساساً على الأساس الفلسفى والاقتصادى لمبدأ الإرادة.

١ - انتقاد الأساس الفلسفى لمبدأ سلطان الإرادة

ويمكن رد الانتقادات الموجهة إلى الأساس الفلسفى لمبدأ سلطان الإرادة إلى فكرتين أساسيتين:

أ- فساد المقدمات التى يقوم عليها

فالفكرة التى تقوم على أساس أن للإنسان حرية طبيعية سابقة لوجوده فى المجتمع تقوم على افتراض يخالف الواقع والحقيقية. فالإنسان المنعزل لم يكن له وجود فى الواقع، وإنما كان له وجود فى مخيلة الفلاسفة والمفكرين. فالإنسان الحقيقى والوحيد الذى ذكره المؤرخون هو الإنسان الذى يعيش فى مجتمع. ففى كل مكان حقوق الجماعة كانت سابقة على حقوق الافراد.

وبالنسبة لنظرية العقد الاجتماعى فإنها تعتبر غير صحيحة من حيث أنها تؤكد على الحقيقة التاريخية لهذا العقد. كما أنها تعتبر غير صحيحة أيضاً من حيث تفسيرها، لشرعية السلطة، وادعائها بتفسير العلاقة فيما بين الفرد والمجتمع. فخير الإنسان لا يمكن بلوغه إلا بالمجتمع والعيش فيه. فالمجتمع أمر طبيعى بالنسبة للإنسان، فبدونه لا يمكن لكل إنسان أن يفرض احترام مصالحه الأساسية سواء كانت مادية أو معنوية.

ب- استحالة الاعتراف بفعالية قانونية لتصرف الإرادة لمجرد اعتبارها كذلك:

فمن الثابت أن الحرية لا يمكن أن تكون مطلقة. فمن أجل خير الفرد هناك بعض الالتزامات يجب أن نفرضها عليه.

فالتصرف الإرادى لا ينبغى أن يكون له فعالية فى حد ذاته وبغض النظر عن محتواه ومضمونه. فالإنسان ليس له الحق فى أن يرغب ما يشاء وفى سبيل ما يشاء، لكن ينبغى عليه أن يريد ما يشبع حاجاته المشروعة فقط. فالمشرّع والقاضى ينبغى أن يكون لهما سلطة التحقق من أن العقد يتفق مع المصلحة العامة، ويوفق بطريقة عادلة بين المصالح الخاصة. بمعنى آخر مراقبة ما يريده الأطراف ولماذا أرادوه؟

فالعدالة فوق الحرية، ولذلك يجب ألا تترك للحرية الحق فى تجاوز ما يحقق التوازن بين مصالح الأفراد أو الاصطدام مع المصلحة العامة.

فمبدأ سلطان الإرادة ليس إذن غاية فى ذاته، وليس له قيمة فى ذاته، ولكن مجرد وسيلة لخدمة القيم العليا، العدالة والمصلحة العامة.

٢- انتقاد الأساس الاقتصادى لمبدأ سلطان الإرادة:

وعلى ضوء ما تقدم نستطيع أن نقول إن الحرية لم تعد غاية مقصودة فى ذاتها وإنما تبقى كوسيلة فنية جيدة لتنظيم الحياة فى المجتمع. ولن يبقى لنا إلا التحقق من مدى صحة المسلّمات التى تقوم عليها فلسفة الحرية الاقتصادية.

أ- إمكانية التناقض بين الحرية التعاقدية والعدالة:

فالقول بأن الحرية التعاقدية تحقق تلقائياً التوازن المشروع للأداءات، يفترض أن هناك تنازلاً متبادلاً بين الأطراف، أى يكون هناك مساواة بينهم تسمح لهم بالمفاوضة والنقاش ففى ظل هذه الظروف فقط يمكن للطرف الذى لا يحصل عمّا يعتقده عدلاً أن يقطع المفاوضات ويبحث عن الأحسن فى مكان آخر. هذه المسلّمة البديهية تتضمن الاعتقاد بأن هناك مساواة طبيعية بين الأفراد، وهذا ما كان يعتقده الفقهاء التقليديون.

وكما هو واضح أن الأمر يعتبر فى غاية التجريد. وهو اعتبار أن الأفراد متساوون

تماماً فى الواقع، واعتبارهم كذلك بصفة خاصة فى نطاق التعاقد، لكن فى الحقيقة أن الأمر لا يسير على هذا المنوال، فأحد المتعاقدين مثلاً، قد تجبره الضرورة المادية على إبرام العقد، بينما الآخر يستطيع أن ينتظر. ففى مثل هذه الحالة ينبغى على الأول أن يسلّم بشروط الثانى، فعدم المساواة فى الظروف تستبعد كل مناقشة أو تنازل. وغياب المفاوضة والمناقشة لشروط التعاقد يمنع بدوره أن تكون الأداءات متوازنة بطريقة عادلة. فالأقوى أو الأكثر يملى قانونه على الأضعف والأقل مهارة.

- تزايد حالات عدم المساواة: عند وضع التقنيات الفرنسية، لم تكن صور عدم المساواة واضحة أو ملفتة لنظر المفكرين الاقتصاديين، لأنها كانت قاصرة على العلاقة بين الأفراد. فى القرن التاسع عشر، وبصفة خاصة على إثر التمركز الصناعى والتجارى الناشئ عن الانطلاقة الاقتصادية التى لم يسبق لها مثيل فإن صور عدم المساواة أصبحت أكثر عمقاً ووضوحاً، وأخذت أشكالاً جديدة. فأصبح الأمر يتعلق حينئذ بعدم مساواة فى القوى الاقتصادية، بين مجموعات اجتماعية واقتصادية وبين فئات من المتعاقدين، وقد كانت النتيجة الطبيعية لذلك هى استحالة المفاوضات أو المناقشات فى نطاق العقد. وتظهر هذه الاستحالة بصفة خاصة عندما يتعاقد الشخص مع الشركات العملاقة والتى تحتكر السلعة أو الخدمة، بحكم الواقع أو بحكم القانون. بل وخارج نطاق هذا الاحتكار، فإن تفوّق أحد الأطراف على الآخر بدا واضحاً فى القرن التاسع عشر فى نطاق الصناعات الكبيرة، فمثلاً أى شروط يستطيع أن يناقشها العامل مع صاحب العمل؟

وقد كان لهذا الواقع انعكاسه فى نطاق القانون فظهرت فكرة عقود الإذعان. فأحد الأطراف ليس أمامه الخيار فله أن يقبل بكل الشروط المقترحة عليه أو رفضها كلها دون أدنى حرية فى مناقشتها، كما أنه ليس هناك أمامه أى أمل فى أن يجد أحسن منها فى مكان آخر، وبهذا قد قفل أمامه كل باب للحرية المدعاة. ففى الواقع الإنسان لا يستطيع أن يعيش دون أن ينتقل من مكان إلى آخر، أو دون تأمين أو دون عمل، فعقود الإذعان قد فرضت عليه. وعلى ضوء مثل هذه الظروف فماذا بقى من المسلّمة الأولى للحرية الاقتصادية؟ فما هى الحرية بين الأطراف ليست إلا حرية اسمية، فهى لا تخفى فى الحقيقة إلا عدم مساواة حقيقة وتامة. فالحرية التعاقدية

المدعاة ليست إلا سلطة لأحد الأطراف فى أن يفرض على الطرف الآخر شروطه الجائرة، كيوم عمل طويل جداً من أجل أجر منخفض جداً، فلا يوجد حرية حقيقية طالما أنه لم توجد المساواة.

فعندما أكد Fouillé بأن «من قال عقد قال عدل» قد كتب اهرنغ Ihring فى هذا الصدد «أن القول بأن اتفاق الإرادتين يكون بالضرورة عادلاً، معناه إعطاء رخصة صيد للقراصنة ورجال العصابات، مع منحهم الحق فى أخذ كل ما تقع عليه أيديهم». وقد قيل بحق أيضاً إنه «بين القوى والضعيف، الحرية تستعبد، والقانون هو الذى يحرر». فما يصدق بالنسبة للمراكز المتساوية، لا يصدق بالنسبة للمراكز غير المتساوية.

ب- إمكانية التناقض بين الحرية التعاقدية والمصلحة الاجتماعية:

ليس صحيحا، طبقاً للبديهية الثانية للفلسفة الليبرالية، أن الحرية التعاقدية تؤدى دائماً إلى نتائج تتفق والمصلحة الاجتماعية.

فقد كان الاعتقاد سائداً بأن المصلحة العامة ليست إلا مجموع المصالح الخاصة. فقد لوحظ أنه إذا ما ترك الأفراد وشأنهم فأنهم لا يتوجهون بالضرورة نحو النشاطات الأكثر فائدة أو نفعية للمجتمع ولكن نحو النشاطات الأكثر عائداً وأربحية.

كما أنه اعتقد فى آلية التوازن الاقتصادى، وبصفة خاصة ما يؤدى إليه قانون العرض والطلب من تطويع الثمن للقيمة والإنتاج للحاجات. وهذا كله مشروط بضرورة توافر سوق المنافسة الكاملة. ولكن لوحظ أن الأمور لم تكن تسير على هذا المنوال إذ كثيراً ما قامت التحالفات والاتفاقات بين التجار على السعر والنوع مما أدى إلى اختفاء المنافسة. وأصبح من المستقر عليه أن الحرية الاقتصادية يمكن أن تدمر نفسها بنفسها، كما أنها لم تعد تحقق ما كان منتظراً منها من تحقيق التطور المتناسق للإنتاج والمبادلات.

ولكن كل هذا يجب ألا يقودنا إلى الاعتقاد بأن حرية الإرادة لم يعد لها دور، وإنما ذلك يلفت الانتباه فقط إلى أنها لم يعد لها السيادة المطلقة.. فالحرية التعاقدية، بصفة خاصة، ما زالت هى المبدأ والأصل لأنها تؤدى غالباً إلى نتائج عادلة ومفيدة،

كل ما هنالك ينبغى أن ترد عليها بعض القيود عن طريق التنظيم الآمر، وخاصة عندما لا تحقق التوازن بين المصالح الخاصة أو أنها لا تتفق مع المصلحة العامة.

جـ- إمكانية التعارض بين القوة الملزمة للعقد والعدالة أو المصلحة الاجتماعية:

قد يتعرض عقد من العقود أثناء تنفيذه، لعدم توازن فادح بين الالتزامات نتيجة تغير مفاجئ فى الظروف الاقتصادية، كارتفاع كبير فى الأسعار نتيجة لحرب مثلاً، فهل من العدالة، فى عقد توريد مبرم لمدة طويلة، أن يثبت الثمن عند قيمة محددة مهما تغيرت الظروف؟ وهل مثل هذه الحلول تتفق مع المصلحة العامة فى الوقت الذى تؤدى فيه إلى إفلاس كثير من المتعاقدين؟

فى مثل هذه الأمور يبدو طبيعياً ألا تقف القوة الملزمة عقبة فى سبيل إعادة التوازن بين مصالح الطرفين وأن يعيد القاضى الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. أليس هذا اعتداء على القوة الملزمة للعقد والتى تعتبر إحدى ركائز مبدأ سلطان الإرادة؟

ثانياً: انحسار مبدأ سلطان الإرادة

كما سبق أن رأينا أن مبدأ سلطان الإرادة فى صورته المطلقة والتى تتسم بالمغالاة قد اصطدم بواقع الحياة الاقتصادية والاجتماعية. كما أنه ثبت عدم صحة المسلمات والمرتكزات، على إطلاقها، والتى يقوم عليها هذا المبدأ.

وقد حان الوقت الآن لنعرض لرد فعل كل من الفقه والقضاء، وكذلك لرد فعل المشرع عن طريق تدخله بتشريعات جديدة لتقلب موازين المفاهيم السابقة.

١- رد فعل كل من الفقه والقضاء

وتتفاوت ردود الفعل بتفاوت المجال الذى تتناوله الحلول العملية المقترحة من الفقه والمطبقة من جانب القضاء.

أ- نظرية الإرادة الظاهرة ونظرية الإرادة الباطنة: انتكاس مبدأ سلطان الإرادة أدى بالتبعية إلى انتكاس نظرية الإرادة الباطنة والتى كانت سائدة بلا منازع فى الفقه الفرنسى التقليدى. فقد أفسح العديد من الفقهاء مكاناً كبيراً للنظرية الجديدة، نظرية الإرادة الظاهرة. وهذه النظرية ذات أصل ألمانى أقرها التقنين المدنى الألمانى مع بعض

القيود. وقد حاول الفقيه سالى فى أن تحل النظرية الجديدة محل النظرية الفرنسية التقليدية، نظرية الإرادة الباطنة. وقد كان لهذه المحاولات أثرها الكبير فى الفقه والقضاء على نحو ما سوف نراه تفصيلاً فيما بعد.

ب- ردود فعل عملية من جانب الفقه والقضاء: وقد كان ذلك على نطاقين: انعقاد العقد وآثار العقد.

فعلى نطاق انعقاد العقد: يتجه كل من الفقه والقضاء إلى تقييد الحرية التعاقدية أكثر فأكثر. وفى سبيل تحقيق هذه الغاية لجأ إلى طريقتين: الأولى: تتلخص فى إعطاء معنى واسعاً لفكرة النظام العام أو الآداب. وهذا الأمر ممكن بطبيعة الحال حيث إن هاتين الفكرتين تتسمان بالمرونة إذ أن القانون لم يضع تعريفاً جامداً لهما. والثانية: تتلخص فى أن كلا من الفقه والقضاء يتجهان، وذلك على عكس ما هو مستقر تقليدياً، إلى تطبيق الفكرتين، النظام العام أو الآداب، ليس على محل العقد فحسب وإنما أيضاً على سبب العقد، وذلك بالأخذ فى الاعتبار الباعث الدافع للتعاقد، واشتراط أن يكون هذا الباعث مشروعاً، أى لا يخالف النظام العام أو الآداب، وذلك على النحو الذى سوف نراه تفصيلاً فيما بعد.

على نطاق آثار العقد : وقد كانت ردود الفعل فى هذا النطاق تتعلق بتفسير العقد ومبدأ نسبية أثر العقد.

فبالنسبة لتفسير العقد تذهب المحاكم غالباً إلى أن تجعل العقد ينتج آثار تقدر أنها مستحبة أكثر من البحث عمّا يحتمل أن يريده المتعاقدان، وخاصة عندما تكون إرادة المتعاقدين غامضة أو غير واضحة أو ناقصة، فإنه يسهل على القاضى أن يجعلهم يقولون، ما يعتقد أنهم كانوا يريدونه لكى يكون العقد أكثر عدلاً وأكثر فائدة.

وبالنسبة لمبدأ نسبية أثر العقد يذهب الفقه والقضاء إلى فهم هذا المبدأ بطريقة أكثر مرونة.

٢- رد الفعل التشريعى

تدخل المشرّع قد انصب على النتائج الثلاث لمبدأ سلطان الإرادة، الرضائية، الحرية التعاقدية، والقوة الملزمة للعقد.

أ- القيود الواردة على مبدأ الرضائية: نلاحظ أن هناك عودة إلى الشكلية في التشريعات الحديثة، فنجد أن اشتراط الكتابة أمر وارد بالنسبة للعديد من العقود. كما نلاحظ أن عقوداً أخرى تخضع للعلانية كشرط ضرورى للاحتجاج بها على الغير.

ب- القيود الواردة على مبدأ الحرية التعاقدية: الملاحظ أن انحسار مبدأ الحرية التعاقدية كان أكثر وضوحاً فى اتجاهين.

- نجد أن المشرّع، استجابة للمصلحة العامة، يقوم بإلغاء حرية التعاقد أو حرية عدم التعاقد. وخير مثال على ذلك التأمين الإجبارى الوارد فى قانون ٢٧ فبراير ١٩٥٨م فى فرنسا والمفروض على جميع مالكى السيارات.

- كما نجد أن المشرّع غالباً ما يلغى حرية المتعاقدين فى تحديد التزاماتهم. فالقوانين المتعلقة بالنظام العام أصبحت الآن عديدة، كما أنها اتسمت بخصائص جديدة. فالنظام العام التقليدى كان يتسم أساساً بالسلبية، فالمشرع يمنع بعض العقود أو بعض الشروط. أما النظام العام اليوم أصبح بصفة عامة إيجابياً، فالمشرع يفرض مضمون العقد، أى أنه يحل محل المتعاقدين فى تحديد هذا المضمون. فمثلاً نجد أن المشرّع يحدد الأجرة فى عقود الإيجار. والتزامات المؤمن لديه فى عقود التأمين ووقت العمل فى عقد العمل ويفرض عطلة نهاية الأسبوع والإجازات المدفوعة الأجر لصالح العمال.

جـ- القيود الواردة على القوة الملزمة للعقد: أصبح الآن تعديل العقد أو مراجعة شروطه أمراً مألوفاً وذلك بقصد تحقيق هدفين:

- يهدف أولاً إلى تجنب عدم العدالة، والتى تنشأ من عدم المساس بالشروط الأولية الواردة فى العقد وذلك فى حالة ارتفاع الأسعار. فعدم العدالة اللاحقة للتعاقد لا تقل شأناً عن عدم العدالة المتحققة وقت إبرام العقد.

- كما أن تعديل العقد قد يقصد به تحقيق المصلحة العامة وذلك تحقيقاً لمقتضيات السياسة الاقتصادية. فقد يتدخل المشرّع لخفض الأداءات المالية المتفق

عليها ليس لأن الأسعار قد انخفضت ويراد إعادة التوازن بين الأداءات، وإنما لأن المشرّع يهدف من تخفيض الأسعار إلى تحقيق سياسة محاربة الانكماش(١).

وهكذا نرى أن مبدأ سلطان الإرادة لم يعد مبدأ غير قابل للمنازعة، وإنما أصبح متحركاً وذلك تحت تأثير السياسة الاقتصادية المتغيرة غالباً، وذلك فى عالم متطور وفى زمن من أهم خصائصه أنه غير مستقر.

٣- مبدأ سلطان الإرادة وتشريعات حماية المستهلك(٢):

سادت الدول المتقدمة فى الثلث الأخير من القرن العشرين تشريعات حماية المستهلك. الفكرة المحورية لهذه التشريعات تتمثل فى حماية المستهلك فى مجال العقود التى تبرم بين المهنيين، موزعى السلع والخدمات، والمستهلكين من أجل إشباع حاجات غير مهنية، أى إشباع الحاجات الجارية للحياة اليومية. هذه الفكرة تقوم على إعتبار أن المستهلك عندما يدخل فى مجال إبرام هذه العقود يكون مجرداً من السلاح فى مواجهة المهنى، الذى هو على درجة عالية من التخصص، لذلك فان له الحق فى الاعتماد على التشريع لحماية مصالحه. علاوة على ذلك يجب ألا نتجاهل أن هذه التشريعات تهدف أيضاً وبطريق غير مباشر إلى حماية المستهلك من نفسه.

هذه التشريعات تعطى الانطباع بأن المهنى المتعاقد مع المستهلك يعتبر شخصا محتالاً أو ، على أقل تقدير، شخصا ماكراً وعديم الذمة. فى المقابل قد بدى المستهلك وكأنه نصف معتوه أو عديم الأهلية حيث إنه غير قادر على مقاومة الحث والاغراء على التعاقد، ومن ثم قامت هذه التشريعات بإحاطته بكثير من وسائل الوقاية والحماية كما سوف نرى. هذه الجوانب السلبية لهذه التشريعات يجب ألا تحجب عنا الجوانب المفيدة والايجابية لها. أول هذه الجوانب الايجابية تبديد الوهم القائم حول المساواة الطبيعية فيما بين الأفراد والتى تسببت فى كثير من الاضرار فى

---

(١) انظر المرسوم بقانون ١٦ يوليه ١٩٣٥ م فى فرنسا.

(٢) Chardin, Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la Volonté, L.G.D.J. 1988, préface J. L. Aubert.

ظل إعتناق مبدأ سلطان الارادة فى صورته المطلقة على النحو الذى سبق أن رأيناه وكان مقتضى ذلك، من الناحية المنطقية، أن يتدخل المشرع ليمنع - بوجه عام - القوى، ماليا وإقتصاديا وعلميا وفنيا، من سحق الضعيف أيا كان الطائفة التى ينتمى إليها. وهذا بذاته يكشف عن وجه القصور الواضح لتشريعات حماية المستهلك حيث إنها - تحت ذريعة تحقيق المساواة فيما بين المتعاقدين - قد أدت إلى ظهور قانون طائفى عن طريق تمييز طائفة من المواطنين (وهم المستهلكين) فى هذا الخصوص.

فيما عدا هذا الوجه من أوجه القصور والذى كان من نتيجته أن جعل المستهلك فى مركز الطفل المحتاج للرعاية فان هذه التشريعات كان يمكن أن تكون أفضل من ذلك لو أنها لم تهدف إلى تمييز طائفة معينة من الافراد وإنما تهدف هذه التشريعات إلى الوقاية والعلاج من تعسف - خاصة عندما ينشأ بمناسبة عقد من عقود الاذعان - القوى (وليس فقط المهنى) والذى يستفيد على حساب الضعيف (وليس فقط المستهلك) - من تفوقه فى مجال المعرفة (الفنية والقانونية) أو الاقتصاد (إحتكار، خبرة، تفوق مالى)(١).

هذه الحماية لا تعنى حظر عقود الاذعان باعتبارها كذلك، لأن ليس كلها عقود سيئة(٢). كما أنه يجب ألا نعتقد أن حماية المستهلك يمكن أن تختزل فى محاربة عقود الاذعان. مما لاشك فيه أن هذه العقود مقصودة فى المقام الأول، لكن التنظيم القانونى لحماية المستهلك لا ينحصر فيها فقط حيث إن كل ما يهم المشرع هو شخص المستهلك فى نشاطه غير المهنى، حتى ولو ترحم ذلك فى عقد مساومة(٣).

---

(١) H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, op. cit., no 32-2 p. 27.

(٢) انظر Civ- 1er, 19 janv 1982, D. 1982. 457 et note larroumet, J.C.P. 1984. II. 20215 note F. chabas, Rev. trim. dr-civ- 1983. 143 obs. Durry; civ. 1er, 22 nov. 1988, Gaz. Pal. 1989. pan. 9, vo H. et L. Mazeaud, J, Mazeaud F. chabas, op. cit. note 4 no 32- 2 p- 29 et 29; ch. Larroumet, op. cit. no 269 p. 245.

(٣) انظر فى تحديد من هو المستهلك؟

Ch. Larroumet, op. cit. no 125 p 109, Het L. Mazeaud, F chabas, op cit; no 32-3 p 29

هذه التشريعات كان لها إنعكاس خطير على القواعد العامة فى قانون الالتزامات، وبصفة خاصة على مبدأ سلطان الارادة. ولنر ذلك بشئ من التفصيل.

أ- تشريعات حماية المستهلك وتكوين العقد:

لبيان أثر تشريعات المستهلك على تكوين العقد سوف ندرس أولا أثر حماية المستهلك على مبدأ الرضائية، ثم ندرس بعد ذلك أثرها على الحرية التعاقدية.

(١) أثر حماية المستهلك على مبدأ الرضائية:

إذا كان مبدأ الرضائية قد أصبح من المبادئ الأساسية فى القانون الحديث إلا أن تشريعات حماية المستهلك - فى فرنسا مثلا - قد بعثت الشكلية فى العقود من جديد. لكن هذه الشكلية تعتبر شكلية مرشدة لها هدف واحد - وإن تعددت الوسائل - هو جعل رضاء المستهلك حر وواضح. ولذلك تواترت هذه التشريعات - على تعزيز تبصير المستهلك بحقيقة ومدى الالتزام الذى سيأخذه على عاتقه.

من أمثلة هذه التشريعات تقنين البناء والاسكان والذى فرض - art. L. 261) (11 فى نفس الوقت، إفراغ العقد فى شكل رسمى acte authentique وتضمينه عدة بيانات الزامية الهدف منها إعلام المشترى وتبصيره. وجعل المشرع جزاء تخلف هذه الشكلية قابلية العقد للابطال لأن الهدف منها هو حماية المتصرف إليه. كما أن قانون ١٨ يناير ١٩٩٢ قد سمح بالدعاية المقارنة فى حدود ضيقة جداً حتى يتحقق من أمانتها (م١٠) وأصبح كل بائع ملتزم بأن يسلم كل من تقدم له بطلب الشراء نموذج من الاتفاقات التى يبرمها عادة، وقد حدد القانون ما يجب أن يخطر به المستهلك من جانب البائع؛ فيجب أن يبين له الخصائص الأساسية المميزة للمال (م٢) ويوضح له مكونات المنتج وتعليمات إستخدامه. كما يجب أن يخطره بالثمن، وشروط البيع والتسليم وإلا وقع العقد قابلا للابطال بالاضافة إلى الجزاء الجنائى.

ومثال ذلك أيضا قانون ١٢ يوليو ١٩٨٤ والذى أنشأ عقد «إيجار - الإشغال» La location- accession فى فرنسا وذلك من أجل إنعاش إشغال العقارات دون إرتباط بملكيتها خاصة فى مجال العقارات السكنية أو العقارات المخصصة لأغراض مهنية أو سكنية. هذا القانون يلزم البائع بإرسال مشروع العقد قبل شهر على الأقل

س إنعقاد العقد - دون أن يكون له حق الرجوع فيه خلال هذه المدة وحتى يقبل الشاغل L;accédant - وذلك حتى يسمح للشاغل أن يحدد نطاق إلتزامه المحتمل وحقوقه فى مواجهة البائع (م٢٣) وهذا العقد يتم فى صورة رسمية (م٤).

- فرض المشرع، فى بعض الحالات - لمهلة التروى: فى بعض أنواع البيوع نجد أن رضاء المستهلك الضحية المفترضة، نتيجة ضعفه فى مواجهة البائع وإندفاعه المتزايد نتيجة الدعاية، ليس له أثر فورى. فعلاوة على الشكلية التى فرضها المشرع لاعلامه وتبصيره قد فرض أيضا مرور فترة زمنية قبل قبوله للعرض المطروح عليه - مثال ذلك المادة ١/٧ من القانون ١٣ يوليو ١٩٧٩ والمسمى بقانون Scrivener II والخاص بحماية المقترضين فى مجال الائتمان العقارى (والذى تم دمجه فى تقنين الاستهلاك Le Code de La Consommation مع غيره من تشريعات حماية المستهلك فى ٢٦ يوليو ١٩٩٣ قد تم تعديله بقانون ١ فبراير ١٩٩٥)[١] قد نصت على ان تسليم العرض بالقرض يلزم المقرض بالابقاء على الشروط خلال مدة لا تقل عن ٣٠ يوما. كما أن المادة ٩ من هذا القانون أعطت المتصرف إليه المحتمل عندما يحتاج للاقتراض مهلة مدتها عشرة أيام للتروى قبل قبول عرض الائتمان. كما أن قانون ١٠ يناير ١٩٧٨ والمسمى بقانون Scrivener I والخاص بحماية المستهلك فى مجال الائتمان المتعلق بالمنقول والخدمات يفرض على المقرض الإبقاء على عرضه المسبق خلال مدة خمسة عشر يوما - كل ذلك له - بطبيعة الحال - تأثير مباشر على عقد البيع الذى خصص القرض لتمويله حيث أن هذا البيع لا يصبح نهائياً إلا بعد القبول النهائى للقرض. كما أن هناك تبعية متبادلة بين العقدين كما سنرى فيما بعد[٢].

وتطبق نفس هذه القواعد على البيع الايجارى، والايجار المتضمن وعداً بالبيع

---

(١) اما بالنسبة للمراسيم فتم تجميعها فى التقنين تحت عنوان اللوائح بقانون ٢٧ مارس ١٩٩٧

(٢) انظر دراسة تفصيلية وتحليلية لكل هذه المستجدات وأثرها على أحكام القانون المدنى نبيل سعد، نحو قانون خاص بالائتمان، منشأة المعارف ١٩٩١ ص٨٢ وما بعدها، ودراسة إنتقادية لها ص٩١. وتحديد مدى هذا الاثر ص٩٤، ودراسة تفصيلية لأثر هذه التشريعات على مركز المتعاقدين، وعلى نظام القرض ص١٣١ وما بعدها

(مادة ل ٣١٢ - ٢٤ إلى ٣١٢ - ٣١ من تقنين الاستهلاك) وكذلك تنطبق على إيجار الإشغال طبقا لقانون ١٢ يوليو ١٩٨٤[1].

(٢) أثر حماية المستهلك على مبدأ الحرية التعاقدية:

- البدهية الأولى هي حرية التعاقد أو عدم التعاقد فالمبدأ بصددها أنه لا يوجد تعسف في إستعمال حق رفض الشراء أو البيع مثلا[2] كما أن الشق الأول، والخاص بأنه لا يمكن أن يجبر أحد على الشراء يعتبر مطلقا، فلا يوجد أى قيد عليه من الناحية القانونية، لكن هذه الحرية في الواقع ليست إلا شكلية حيث أن هناك حاجات أساسية يلزم إشباعها من أجل البقاء. أما الشق الثاني، والخاص بانه لا يمكن أن يجبر أحد على البيع يرد عليها إستثناءات قانونية هامة، سواء لضمان حرية الاسعار، أو حرية المنافسة[3]، أو عندما يكون المال محجوزاً عليه من جانب الدائن للحصول على حقه عن طريق التنفيذ الجبرى.

- **أما بالنسبة لمضمون العقد:** فالأصل أن للاطراف مطلق الحرية في تحديد مضمون العقد، بمعنى أنهم أحرار في تحديد حقوقهم والتزاماتهم الناشئة عن العقد ومع ذلك نجد أن بعض التشريعات الحمائية في مجال الائتمان قد فرضت تضمين بعض العقود عدة شروط خاصة بعدما فرض المشرع علاقة تبعية متبادلة بين عقود الائتمان وعقود البيع كما سوف نرى فيما بعد.

فمثلا في فرنسا قانون ١٣ يوليو ١٩٧٩ والخاص بحماية المستهلك في مجال الائتمان العقارى اعتبر هذه الحماية متعلقة بالنظام العام ولكن إشترط للاستفادة منها كتابة المستهلك بخط يده عدة بيانات في عقد البيع ذاته (م١٨).

كما ان قانون ٣١ ديسمبر ١٩٨٩ والخاص بوقاية وعلاج العقبات الناشئة عن

---

(١) انظر في تفصيل ذلك نبيل سعد، الضمانات غير المسماه، منشأة المعارف ٢٠٠٠ الطبعة الثانية (هذا الكتاب حائز على جائزة الدولة التشجيعية في القانون المدنى ١٩٩٣) ص٢٥١ وما بعدها.

(٢) انظر Con. 5 juil 1994. affaire de "Clochemerle", Bul. IV, 258, J.C.P 94. 22323 note J. léonnet.

(٣) انظر في تفصيل ذلك H. et L. Mazeaud, F. Chabas, op. cit, no 121 p. 107.

الاسراف فى الاستدانة من جانب الأفراد العاديين والأسر حاول أن يجنب أى فرد أو أسرة الارتباط بعقود تتجاوز إمكانياتهم المالية، فالمشرع يحث المستهلك على الدفع نقداً مع خصم فى الثمن والذى يقع على عاتق البائع إلتزام تنظيمه (م١/٤ من قانون ١٠ يناير ١٩٧٨) كما أن هذا القانون منع إشتراط شروط معينة. فمثلا المادة ٥ منه فرضت تسليم المشترى عن طريق الائتمان عرض مكتوب متضمنا محتوى محدد بدقة، كما أن هذا القانون حاول أن يطهر العقود من الشروط التعسفية بأن اعتبرها غير مكتوبة (م٣٥ وما بعدها) وقد خول المشرع لجنة الشروط التعسفية السلطة التنظيمية فى تحديد ما يعتبر شروط تعسفية. ثم صدر بعد ذلك قانون ١٠ مارس ١٩٩٣ قد اعترف أيضاً بطريقة ضمنية غير مباشرة بسلطة القاضى فى تكييف الشرط التعسفى. وأخيراً جاءت توجيهات مجلس الاتحاد الأوروبى فى ٥ أبريل ١٩٩٣ لتفرض على الدول الأعضاء تقريب تشريعاتها فى مجال الشروط التعسفية التى يبرمها المستهلكين. وهذه التوجيهات حدد أنه يمكن إعتباره تعسفيا كل شرط لم يكن محل مفاوضات فردية بين المهنى والمستهلك والذى تم اشتراطه للاضرار بهذا الأخير ونتج عنه عدم تعادل واضح بين حقوق والتزامات الأطراف الناشئة عن العقد وهذا ما تبناه قانون ١ يناير ١٩٩٥[1].

ب- تشريعات حماية المستهلك وآثار العقد:

سنعرض هنا لاثر هذه الحماية أولا على مبدأ القوة الملزمة للعقد، ثم أثرها على مبدأ نسبية أثر العقد.

(١) أثر حماية المستهلك على القوة الملزمة للعقد:

إذا كان المبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو وفقا لما يقرره القانون من أسباب، كما أنه لا يجوز للقاضى تعديل ما اتفق عليه الأطراف بحر ارادتهم إلا أن التشريعات الحماية وسعت من رخصت العدول

---

(١) انظر Ch. Larroumet, op. cit. no 434 p. 404, F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, op. cit. no 305-1 p 299, H et L. mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas op. cit. no 8 p. 79 et s.

الممنوحة للمستهلك، كما أنها وسعت من سلطة القاضى تجاه العقد المبرم بين المستهلك والمهنى لاشباع حاجات غير مهنية.

- إعطاء المشرع للمستهلك - فى بعض الحالات - مهلة للعدول

فمثلا فى فرنسا نجد أن قانون ٢٢ ديسمبر ١٩٧٢ والخاص بابرام الصفقات والبيع فى المنازل قد أعطى المشترى فى بيوع الأموال ذات الطابع الشخصى أو العائلى، حق العدول عن العقد فى خلال مدة سبعة أيام عن طريق خطاب موصى عليه بعلم الوصول (انظر المادة ل ١٢١ - ٢٥ الفقرة الأولى والثانية من تقنين الاستهلاك) وقد تم تسهيل إستعمال هذه الرخصة عن طريق تسليم إلزامى لورقة منفصلة معدة لهذا الغرض (انظر المادة ل. ١٢١ - ٢٣ من نفس التقنين) كما أن المشرع عزز هذه الحماية بالحظر الذى فرضه على البائع بعدم تلقى مقابل أو أى تعهد قبل إنتهاء هذه المهلة (المادة ل. ١٢١ - ٢٦) والالتزام بذكر ذلك، بالاضافة إلى الجزاء الجنائى المقرر لمخالفة هذا الحظر. وقد عرض المشرع قواعد مماثلة فى مجال البيع بالتليفزيون Télé- achat، والبيع بالتليفون أو أى جهاز مماثل (قانون ٦ يناير ١٩٨٨ المادة ل ١٢١ - ١٦ من تقنين الاستهلاك).

فى نفس هذا الاطار نجد أن قانون ١٠ يناير ١٩٧٨ السابق الاشارة إليه قد أنشأ مهلة للعدول قدرها ٧ أيام بعد قبول الايجاب المتضمن إئتمانا (المادة ل. ٣١١ - ١٥ تقنين الاستهلاك) وهذا النص يتعلق بصفة أساسية بابرام عقد القرض. لكن مع ذلك نجد أن عقد البيع يفسخ بقوة القانون فى حالة عدول المقترض عن إبرام القرض (المادة ل. ٣١١ - ٢٥) وقد حظر القانون على البائع تلقى أى مبلغ أو وديعة من حساب الثمن المستحق الدفع نقداً طالما ما زال هناك عدم تيقن (المادة ل- ٣١١ - ٢٧) وأى مخالفة لهذا الحظر يجعل البائع يقع تحت طائلة جزاءات جنائية (م٢٥). علاوة على ما تقدم نجد أن المشرع قد شبه البيع بالتقسيط (وهو إئتمان ممنوح من البائع نفسه) والبيع الايجارى أو الايجار المتضمن وعدا بالبيع بالقرض، وبالتالى يجب أن تتضمن هذه العقود نفس مهلة العدول (م٢).

وأخيراً جاء قانون ٣١ ديسمبر ١٩٨٩ المسمى بقانون Neiertz والخاص بوقاية

وعلاج العقبات الناشئة عن الاسراف في الاستدانة من جانب الأفراد العاديين والأسر في فرنسا لينص على مهلة عدول قدرها سبعة أيام لكل عقد عرفي محله اكتساب، أو انشاء عقار جديد للسكنى، أو الاكتتاب في أسهم بغرض التحصيص للانتفاع أو للملكية في عقارات جديدة للسكن (المادة ل ٣٣٢ - ٣ من تقنين الاستهلاك)[1]

إتساع نطاق سلطة القاضي تجاه العقد

في هذا الصدد نجد أن شروط الاعفاء[2] أو الشروط الجزائية[3] أخضعها المشرع لعدة شروط وجعل للقاضي سلطة واسعة تجاهها كما أن مهلة الوفاء أصبحت أكثر سهولة[4] الانهاء والفسخ القضائي[5] وشروط العدول عن الفسخ[6] لا تخضع للقواعد العامة في بعض الاحيان وأخيراً نجد أن بعض أنواع التنازل عن العقود قد تم تنظيمها[7] علاوة على الحد من الشروط التعسفية على النحو السابق بيانه.

(٢) أثر حماية المستهلك على مبدأ نسبية أثر العقد:

الأصل أن العقد لا يلزم إلا أطرافه، ومن ثم فان هذا العقد لا يمكن أن ينشئ على عاتق الغير التزام ولا يمكن - من حيث المبدأ - أن يكسب الغير حقاً. كما أن الأصل عندما يبرم الشخص عدة عقود يظل كل عقد مستقل عن الآخر حيث لا توجد أدنى رابطة بينها. فمثلا لو اقترض شخص من أجل شراء منزل أو بناء منزل، فإن عقد القرض يبقى مستقلا عن عقد البيع أو عقد المقاولة.

ومع ذلك فان التشريعات الحمائية قد فرضت علاقة تبعية متبادلة بين عقد القرض وعقد البيع، وبين عقد القرض وعقد التأمين على سبيل الضمان كما أن

---

(١) انظر نبيل سعد، نحو قانون للافلاس المدني، دار المعرفة الجامعية ١٩٩١ ص٥٣ وما بعدها

(٢) انظر في تفصيل ذلك نبيل سعد نحو قانون بالضمان السابق الاشارة إليه ص١٣١ وبصفة خاصة ص١٤٠ وما بعدها

(٣) H et L Mazeaud. J Mazeaud. F Chabas. op cit. no 634-1

(٤) Ibid. no 641 3

(٥) Ibid no 728 et no 1096

(٦) Ibid no 1104

(٧) Ibid no 1283

قانون ١٣ يوليو ١٩٧٩ قد فرض فكرة التضامن بين القروض المختلفة بشرط بلوغها نسبة مئوية معينة وإتصالها بعلم كل المقترضين فى مثل هذه الحالة يكفى المستهلك المقترض أن يفشل أحد هذه القروض لتنهار العملية التعاقدية فى مجموعها.

وقد ترتب، على التبعية المتبادلة بين عقد القرض وعقد البيع فى حالة عدم تمكن المشترى من الحصول على القرض أن يفسخ على الفور عقد البيع. كما أن المادة ٢/٩ من قانون ١٠ يناير ١٩٧٨ ترخص للمقترض بأن يطلب وقف عقد الائتمان فى حالة المنازعة فى تنفيذ العقد الرئيسى. والمادة ٢٠ من قانون ١٣ يوليو ١٩٧٩ تعطى له نفس الحق فى حالة المنازعة فى تنفيذ الأعمال أو المبنى العقارى. كما أن عقد القرض ينفسخ إذا لم يلق المقترض قبولا من جانب المؤمن فى حالة إبرام عقد قرض مقترن بعقد تأمين على سبيل الضمان.

الفصل الثانى
تقسيمات العقود

بعد أن إنتهينا فى الفصل الأول من الحديث عن ماهية العقد وأساس قوته الملزمة، يجب الآن أن نعرض لأهم تقسيمات العقود. وهذه التقسيمات لها أهمية واضحة فى تطبيق بعض قواعد النظرية العامة للعقد. فتطبيق القواعد العامة للعقد تختلف باختلاف طوائف العقود كما سوف نرى خلال عرضنا لهذه التقسيمات.

وهذه التقسيمات يمكن أن تتعدد، وذلك بحسب الزاوية التى ننظر منها إلى العقد[١] فيمكن تقسيم العقود بالنظر إلى القواعد المطبقة عليها، إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة، وعقود مدنية وعقود تجارية. كما يمكن تقسيم العقود بالنظر إلى انعقادها ، إلى عقود رضائية وعقود شكلية وعقود عينية، وعقود مساومة وعقود إذعان. ويمكن تقسيم العقود بالنظر إلى آثارها، إلى عقود ملزمة للجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد، وعقود معاوضة وعقود تبرع، وعقود محددة وعقود احتمالية، وعقود فورية وعقود زمنية[٢].

المبحث الأول: تقسيم العقود بالنظر إلى القواعد المطبقة عليها

وفى هذا التقسيم ندرس تقسيم العقود إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة، وإلى عقود مدنية وعقود تجارية[٣].

---

(١) وقد عرض التقنين المدنى الفرنسى لبعض تقسيمات العقود (م١١٠٢ - ١١٠٧) وكذلك فعل تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (م١٦٧ - ١٧٥). والواقع أن تقسيم العقود عمل فقهى لا يدخل فى مهمة المشرّع. ولذلك سكت عنه التقنين المدنى المصرى كما أعرضت عنه التقنيات الحديثة

(٢) انظر فى هذه التقسيمات أستاذنا الدكتور جلال على العدوى، أصول المعاملات ١٩٧٣م، ص٧٩ وما بعدها.

(٣) يدخل تحت هذا التقسيم تقسيم العقود إلى عقود داخلية Contrate internes وعقود =

المطلب الأول: العقود المسماة والعقود غير المسماة

يجب علينا منذ البداية أن نشير إلى أن دراستنا للنظرية العامة للعقد نريد بها تحديد القواعد العامة التى تطبق على كافة العقود أياً كان مسماها وأياً كانت القواعد الخاصة التى تحكمها مع مراعاة القاعدة الأصولية التى تقتضى بأن الحكم الخاص يخصص الحكم العام. وإلى جانب هذه النظرية العامة للعقد نجد أن هناك قواعد خاصة ببعض العقود وهذا ما دفع الفقه إلى التفرقة بين العقود المسماة والعقود غير المسماة. وعلى ذلك يجب أن نقف على أساس هذا التقسيم، ثم نعرض لأهمية هذا التقسيم.

أولاً: أساس التقسيم

يكمن معيار التفرقة بين العقود المسماة والعقود غير المسماة فيما إذا كان المشرّع قد خص العقد باسم معيّن وفصل أحكاماً خاصة به من عدمه. وعلى ذلك فإذا المشرع قد خص العقد باسم معيّن وفصل أحكامه وذلك لذيوعه وانتشاره بين الناس كان العقد عقداً مسمى وإذا لم يتوافر للعقد هذان العنصران كان العقد عقداً غير مسمى(٢).

وهذا التقسيم مرتبط ارتباطاً وثيقاً بمبدأ سلطان الارادة الذى يهيمن على نظرية العقد. فالأصل أن الإرادة حرة فى إنشاء ما تريد من عقود ولا يوجد حدود لذلك سوى عدم مخالفتها للنظام العام أو الآداب. فحاجات الافراد المتجددة فى المجتمع تؤدى إلى ابتكار الأفراد لأنواع من عقود تلبي تلك الحاجات، وذلك لأنه يستحيل على المشرّع أن يخضع عقود الأفراد لحصر أو لعد. ومن هنا كان لدينا عقود ذائعة

=دولية Contrats internationaux انظر فى تفصيل ذلك

F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, op. cit. no 58 p. 65 et.

وتقسيم العقود إلى عقود متعادلة contrats égalitaires وعقود إستهلاك contrats de Consommation انظر فى تفصيل ذلك المرجع السابق فقرة ٦٩ ص٧٥.

(١) وتنص المادة ١/١٧٥ موجبات وعقود لبناني على أن «تكون العقود مسماة حسبما يكون القانون قد وضع أو لم يضع لها تسمية وشكلاً معينين».

ومنتشرة ومستقرة قام المشرّع بتسميتها وتحديد القواعد الخاصة بها، وعقود أخرى تنشأ استجابة لحاجات الأفراد ليس لها مسمى خاص محدد ولا قواعد خاصة بها تحكمها.

وقد درجت معظم التقنينات المدنية على أن تقرر قسماً خاصاً بالعقود المسماة، وذلك بعد أن تتناول فى قسمها الأول النظرية العامة للعقد.

من هذه العقود المسماة ما يلى:

١- العقود التى تقع على الملكية، وهى البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والصلح.
٢- العقود الواردة على الانتفاع بالشئ، وهى الإيجار والعارية.
٣- العقود التى تقع على العمل، وهى المقاولة والتزام المرافق العامة وعقد العمل والوكالة والوديعة والحراسة.
٤- العقود الاحتمالية، وهى المرتب لمدى الحياة، وعقد التأمين.
٥- عقود التأمينات الشخصية والعينية وتشمل الكفالة وهى من عقود التأمينات الشخصية، والرهن الرسمى والرهن الحيازى وهى عقود التأمينات العينية[١].

أما بالنسبة للعقود غير المسماة فهى لا تخضع لحصر ولا لعد. وهذه العقود تعج بها الحياة العملية، ومن أمثلتها عقد النشر، وعقد الاعلان، وعقد النزول فى فندق، والعقد بين النظارة وصاحب المسرح أو السينما، والعقد بين الطبيب والمريض، والعقد الذى يبرم بين إدارة المستشفى وكلية الطب والذى بمقتضاه تلتزم المستشفى بأن تضع تحت تصرف كلية الطب عدداً من الأسرة للدراسة الطبية، وهناك عقود أخرى حديثة نسبياً لم يستقر الفقه على ترجمة دقيقة لها من الإنجليزية إلى العربية أو الفرنسية إلى الآن مثل: Le "Leasing", Le "Renting", Le "Factoring".

ثانياً: أهمية التقسيم

تتجلى أهمية التفرقة بين العقود المسماة والعقود غير المسماة فى تحديد القواعد

(١) انظر على سبيل المثال الكتاب الثانى، العقود المسماة، فى القانون المدنى المصرى.

الواجبة التطبيق على العقد، وذلك إلى جانب النظرية العامة للعقد(١). وعلى ذلك يجب تحديد ما إذا كان العقد عقداً مسمى أم عقداً غير مسمى، وهذا يقتضى القيام بعملية قانونية فنية دقيقة يطلق عليها التكييف أو الوصف القانونى للعقد. ويقوم القاضى بعملية تكييف العقد المطروح أمامه دون التقيد بالوصف الذى أعطاه له المتعاقدان. فإذا انتهى القاضى إلى أن العقد عقد من العقود المسماة، فيصفه باسمه ويطبق عليه قواعده التى نص عليها المشرع. أما إذا انتهى القاضى إلى أن العقد عقد من العقود غير المسماة، تعيّن عليه أن يستخلص قواعده مستعيناً فى ذلك بجهود من سبقوه من القضاة والفقهاء(٢).

وفى سبيل تحديد القواعد الواجبة التطبيق على العقود غير المسماة يقوم الفقه والقضاء باستقراء ما جرت عليه عادة المتعاقدين فى تلك العقود، وبالقياس على أقرب العقود المسماة شبهاً للعقد غير المسمى وذلك لمد حكمه إلى هذا الأخير، وإذا انتشرت بعض هذه العقود واستقرت القواعد المنظمة لها وصارت صالحة لأن تنتقل إلى مرحلة التشريع، قام المشرع بوضعها فى نصوص تشريعية ويصبح العقد من العقود المسماة بعد أن كان عقداً غير مسمى، وهذا ما حدث مع عقد التأمين فى فرنسا، حيث لم يتدخل المشرع لتنظيمه إلا اعتباراً من عام ١٩٣٠ رغم ظهوره قبل ذلك بزمن طويل.

أما بالنسبة للعقود المسماة فإن النظرية العامة تنطبق على هذه العقود فيما لا يتعارض مع القواعد الخاصة بهذه العقود. ويلاحظ أن الكثير من القواعد المنظمة للعقود المسماة لا تخرج عن أن تكون تطبيقاً للقواعد العامة فى نظرية العقد على وجه يتلاءم مع طبيعة كل عقد من هذه العقود. على أن البعض من هذه القواعد يعتبر قواعد خاصة يتميز بها العقد المسمى عن غيره من العقود ويخرج بها عن

---

(١) وتنص المادة ٢/١٧٥ موجبات وعقود لبنانى على أن «تطبق القواعد المقررة فى القسم الأول من هذا القانون على العقود المسماة وغير المسماة».

وتنص المادة ٣/١٧٥ موجبات وعقود لبنانى على أن «القواعد المذكورة فى القسم الثانى فلا تطبق على العقود غير المسماة إلا من قبيل القياس وبالنظر إلى التناسب بينها وبين العقود المسماة المعينة».

(٢) انظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٣١ ص٥٤.

القواعد العامة، وذلك تحقيقاً لمصالح وجدها المشرّع جديرة بالحماية. وإذا كان بعض هذه القواعد آمراً بحيث لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، إلا أن أغلب هذه القواعد مكملة لإرادة المتعاقدين، أى أنها لا تطبق إذا وجد اتفاق يخالفها.

المطلب الثانى: العقود المدنية والعقود التجارية

إذا كان من الثابت أن القانون المدنى هو الشريعة العامة التى تحكم علاقات الأفراد فى المجتمع ونشاطهم فيه، إلا أنه فى بعض الأحوال تقتضى الطبيعة الخاصة لبعض العلاقات أن تختص بقواعد خاصة تتفق وهذه الطبيعة. واختصاص هذه العلاقات بقواعد خاصة لا يمنع من تطبيق القانون المدنى فيما لم يرد بشأنه نص خاص، أو من الرجوع إلى المبادئ العامة للقانون الخاص والتى موطنها القانون المدنى.

وتطبيقاً لذلك نجد أن الأعمال التجارية ونشاط التجار فى ممارستهم لتجارتهم تقتضى طبيعتها الخاصة، والتى تقوم على السرعة والائتمان، وقواعد قانونية خاصة تتفق وهذه الطبيعة. ولذلك نجد القانون التجارى كفرع من فروع القانون الخاص يعمل إلى جانب القانون المدنى. والتساؤل الآن هل هذه الطبيعة الخاصة للقانون التجارى تستدعى وجود عقود تجارية إلى جانب العقود المدنية؟

فى الواقع إن بعض الشراح ينكر وجود هذا التقسيم على أساس أن العقود التجارية لا تتميز عن العقود المدنية لا فى الاسم ولا فى الأركان ولا فى شروط الصحة. ويرى هؤلاء الفقهاء أنه توجد عقود مسماة يبرمها غير التاجر فتكون مدنية، أو يبرمها التاجر لمقتضيات التجارة فتخضع عندئذ للقواعد الخاصة بالأعمال التجارية. ويستند هؤلاء الشراح لتدعيم وجهة نظرهم هذه إلى مسلك بعض القوانين الأجنبية التى لا تعرف ما يسمى بالعقود التجارية، مثل قانون الالتزامات السويسرى، والقانون المدنى الإيطالى.

ولكننا نرى أن التفرقة بين العقد المدنى والعقد التجارى مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالتفرقة بين العمل المدنى والعمل التجارى، وكل هذا مرتبط ارتباطاً وثيقاً أيضاً

بتحديد نطاق القانون التجارى ذاته. وعلى ذلك ندرس أساس هذا التقسيم، ثم أهمية هذا التقسيم.

أولاً: أساس التقسيم

إن التفرقة بين العقود المدنية والعقود التجارية تستمد أساسها من التفرقة بين العمل المدنى والعمل التجارى. وعلى ذلك نستطيع أن نقول إن العقود التجارية هى العقود التى يعد القيام بها عملاً من الأعمال التجارية الأصلية أو التبعية.

والأعمال التجارية الأصلية هى الأعمال التى تهدف إلى المضاربة وتحقيق الربح وتتعلق بالوساطة فى تداول الثروات، ويتعيّن أن تتم على وجه المقاولة بالنسبة للأعمال التى اشترط فيها القانون ذلك[1]. أما الأعمال التجارية التبعية فهى الأعمال التى يقوم بها التاجر لمقتضيات تجارته وبمناسبتها. نخلص من كل ما تقدم إلى أن العقد يعد عقداً تجارياً إذا كان القيام به بقصد المضاربة وتحقيق الربح عن طريق الوساطة فى تداول الثروات ولو لمرة واحدة أو على وجه المقاولة، وذلك بحسب الأحوال، أو إذا كان الذى قام به تاجر لمقتضيات تجارية أو بمناسبتها.

وعلى ذلك يمكن القول أن هذه العقود لا تعتبر تجارية بطبيعتها أو جوهرها. وإنما تلحقها الصفة التجارية حينما يكون الباعث تجارياً، كأن يكون نية المضاربة وتحقيق الربح، كما هو الحال فى الشراء بقصد البيع، أو السعى إلى تحقيق الربح عن طريق تداول الثروات كما هو شأن عقود الصرف والسمسرة، كما أنه قد تلحقها الصفة التجارية إذا كان الذى يبرمها تاجر لحاجات التجارة وبمناسبتها، كعقود نقل البضائع التى يبرمها التاجر، وشرائه سيارة لنقل البضائع أو تسليم المشتريات للعملاء، أو شراء الأثاث اللازم لاستقبال العملاء والخزائن الحديدية والآلات الكاتبة، وعقود التأمين على المحل أو البضائع..إلخ.

وأخيراً نلفت النظر إلى أن العقد قد يكون تجارياً بالنسبة إلى أحد طرفيه، ويبقى مدنياً بالنسبة إلى الطرف الآخر وذلك طبقاً لنظرية الأعمال التجارية المختلطة. كما

---

(١) انظر أستاذنا الدكتور مصطفى كمال طه، الوجيز فى القانون التجارى الجزء الأول، ١٩٨٠م، ص٤٨.

يجب أن نشير إلى أن بعض العقود تنفر بطبيعة موضوعها أو سببها من اكتساب الصفة التجارية، لأنه لا يتصور تعلقها أو ارتباطها بالعمليات التجارية. ومن ذلك مثلاً التصرفات القانونية المرتبطة بالأسرة، كالزواج أو قسمة التركات، وكذلك الحال بالنسبة للهبات، فهى عقود تبرع مدنية لا تقبل الصفة التجارية(1).

ومن هنا يتأكد القول بأن الصفة التجارية تلحق العقد بعد اكتمال نشأته وفقاً للقواعد العامة فى القانون المدنى. فيظل العقد محكوماً بهذه القواعد من حيث نشأته أو أسباب انقضائه. وكل ما يترتب على الصفة التجارية بعض آثار خاصة يقتضيها ما اقترن بتكون العقد من بواعث تجارية(2)، أو بمن أبرم العقد، وهذا يجرنا إلى الحديث عن أهمية التقسيم.

ثانياً: أهمية التقسيم

سبق أن قلنا إن تقسيم العقود إلى عقود مدنية وعقود تجارية مرتبط ارتباطاً وثيقاً بالتفرقة بين العمل المدنى والعمل التجارى، وبالتالى بتحديد نطاق القانون التجارى ذاته. ولذلك فإن العقود التى تثبت لها الصفة التجارية تخضع لقواعد القانون التجارى كقاعدة عامة، وللقانون المدنى فيما لم يرد فى شأنه نص فى القانون التجارى. وقواعد القانون التجارى التى تحكم العقود التجارية تتمحور حول قطبى القانون التجارى السرعة من ناحية، والثقة والائتمان من ناحية أخرى، وهذا ما سنعرض له فى الفقرتين التاليتين:

١ - القواعد التى تقوم على السرعة وتبسيط الاجراءات

القواعد التى نعرض لها هنا استهدفت تحقيق السرعة اللازمة للمعاملات التجارية، ويرتبط بهذه القواعد أيضاً القواعد التى تهدف إلى تبسيط الإجراءات، وهذه القواعد هى:

أ- حرية التعاقد والإثبات: حيث إن التجارة قوامها السرعة من جانب والثقة

(١) شمس الدين الوكيل: المرجع السابق، فقرة ١٨٣ ص٢٩٦.
(٢) شمس الدين الوكيل: المرجع السابق، فقرة ٨٣ ص٢٩٥.

والائتمان من جانب آخر، فإن من الطبيعي أن تكون القواعد التي تحكم العقود التجارية سواء من حيث الانعقاد أو الإثبات أخف عبء من القواعد التي تحكم العقود المدنية. فمن حيث الانعقاد نجد أن القاعدة في العقود التجارية هي كفاية التراضي لانعقاد العقد دون حاجة إلى إفراغه في شكل معيّن، بمعنى أن مبدأ الرضائية بصدد العقود التجارية أوسع وأرحب.

أما من حيث الإثبات نجد أنه لا يجوز في المواد المدنية الإثبات بالبينة أو القرائن القضائية إذا زادت قيمة التصرف عن مبلغ معين أو كان غير محدد القيمة. كما أنه لا يجوز في هذه المواد إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي إلا بالكتابة. كذلك لا يجوز الاحتجاج بتاريخ المحررات العرفية على غير المتعاقدين الا إذا كان هذا التاريخ ثابتا، وفي كل هذه الأحوال نجد أن القانون التجاري يخرج عن هذه القواعد[1].

وكذلك نجد في المواد المدنية أن الورقة العرفية لا تعدّ دليلاً كاملاً إلا إذا كان موقعاً عليها، بينما نجد في القانون التجاري أن الدفاتر التجارية تعد حجة على التاجر فيما تتضمنه من عقود تجارية بالرغم من أنها غير موقع عليها، وإذا كان لا يجوز أن يجبر الشخص على تقديم دليل ضد نفسه، فإن التاجر يجبر على تقديم دفاتره التجارية لإثبات ما هو مقيد فيها من عقود تجارية. كذلك إذا كان الأصل أنه لا يجوز أن يصنع الشخص لنفسه دليلاً لصالحه، فإن الدفاتر التجارية تصلح دليلاً للتاجر في مواجهة غيره من التجار لإثبات ما يربط بينهم من عقود تجارية، كما يجوز للقاضي أن يستكمل الدليل المستخلص من هذه الدفاتر ضد غير التاجر بتوجيه اليمين المتممة[2].

ومع ذلك فإن مبدأ حرية التعاقد والإثبات في المواد التجارية يخضع لبعض الاستثناءات كاشتراط الرسمية في عقد بيع السفينة، أو اشتراط الكتابة في عقد

---

(١) انظر مادة ٦٩ من التقنين التجاري الجديد.

(٢) إنظر في تفصيل ذلك مادة ٧٠ من التقنين التجاري الجديد.

الشركات التجارية[1]. وعقد إيجار السفن، وعقد القرض البحرى وعقد التأمين على السفن والبضائع. بالإضافة إلى ذلك نجد أن طبيعة بعض المعاملات التجارية لا تكون إلا كتابة، كما هو الحال فى الأوراق التجارية وحسابات البنوك.

ب- المهلة القضائية: تقضى قواعد القانون المدنى بأن للقاضى أن يمنح المدين أجلاً لتنفيذ التزامه إذا اقتضت الظروف ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم. بينما فى الالتزامات التجارية فانه يمتنع على القاضى أن يعطى المدين مهلة للوفاء به أو تقسيطه إلا عند الضرورة ويشترط عدم الحاق ضرر جسيم بالدائن (م٥٩ تجارى جديد). وذلك لأن المعاملات التجارية تقتضى سرعة التنفيذ.

جـ- الأعذار: القاعدة فى القانون المدنى أن الإخلال بالالتزامات العقدية لا يثبت إلا بعد أن يقوم الدائن بإعذار المدين بضرورة تنفيذ التزاماته. والأصل أن أعذار المدين فى المسائل المدنية يكون بإنذاره بمقتضى ورقة رسمية من السلطة العامة هذا ما لم ينص الاتفاق على غير ذلك. أما فى المسائل التجارية فقد جرى العرف على أن الإعذار يمكن أن يتم بورقة غير رسمية، كخطاب عادى، أو برقية أو تلكس، أو بمجرد حلول الأجل، وذلك لما تتطلبه التجارة من السرعة فى المعاملات (م٥٨ تجارى جديد)[2].

د- سهولة انتقال الحقوق والالتزامات التجارية: فبينما نجد أن انتقال الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقود المدنية تخضع للقواعد التى تحكم حوالة الحق وحوالة الدين. فحوالة الحق لا تنفذ قبل المدين إلا إذا قبلها أو أعلن بها، كما لا تنفذ فى مواجهة الغير إلا إذا كانت ثابتة التاريخ. وحوالة الدين لا تنفذ فى مواجهة الدائن إلا إذا قبلها. وفى كل من حوالة الحق وحوالة الدين يتعرض المحال له للاحتجاج عليه

---

(١) ونظام الشركات السعودى، يشترط الكتابة بعقد الشركة، ولكن الكتابة لا تعتبر شرط انعقاد فلا يترتب على تخلفها بطلان عقد الشركة وإنما جزاء من طبيعة خاصة (م١٠ من نظام الشركات). وبالنسبة لعقد بيع السفينة اشترط نص المادة ١٥٢ من نظام المحكمة التجارية السعودية الكتابة، ولم يشترط أن تكون هذه الكتابة رسمية كما هو الشأن فى القانون البحرى المصرى.

(٢) م ٢٥٧ موجبات وعقود لبنانى لا نستلزم أن يكون الانذار بورقة رسمية وإنما نشترط فقط أن يكون مكتوباً، كالخطاب أو برقية.

بالدفوع التى كان المحال عليه يستطيع أن يدفع بها فى مواجهة المحيل[1]. أما فى نطاق القانون التجارى نجد أن انتقال الحقوق التى تتضمنها الأوراق التجارية تتم بالمناولة اليدوية إذا كانت «لحامله» أو بالتظهير إذا كانت «اسمية»[2]. كما أن الأوراق التجارية تخضع لمبدأ التطهير من الدفوع[3]، بحيث لا يجوز الاحتجاج على حامل الورقة التجارية بالدفوع التى كانت للساحب فى مواجهة المسحوب عليه وتخضع الأوراق المالية، والأسهم والسندات فى انتقالها كذلك لقواعد مشابهة فالسهم والسند الأسمى قابل للتداول بمجرد القيد فى سجلات الشركة. والسهم والسند لحامله قابل للتداول بمجرد التسليم

هـ- تبسيط إجراءات التنفيذ: حيث أننا نجد أن إجراءات التنفيذ على الأموال الضامنة للوفاء بالديون تختلف وفقاً لما إذا كانت هذه الديون ناشئة عن عقد مدنى أو عن عقد تجارى. فبينما يلزم التنفيذ على المال المرهون ضماناً لدين مدنى الحصول على حكم قضائى، نجد أنه يكفى للحصول على إذن من قاضى الأمور الوقتية إذا كان المال المرهون ضماناً لدين تجارى.

٢- القواعد التى تقوم على الثقة والائتمان

وهنا نعرض للقواعد التى تقوم على الثقة والائتمان فى نطاق المعاملات التجارية ومقارنتها بنظيراتها فى مجال المعاملات المدنية.

أ- الأفلاس [4]: إذا كان القانون التجارى ييسر ويسهل للتاجر التعامل دون قيود أو إجراءات أو تعقيدات، فإنه فى مقابل ذلك إذا ما توقف التاجر عن دين تجارى فإن ذلك يؤدى إلى الحكم بشهر إفلاسه ورفع يده عن إدارة أمواله، وتعيين وكيل للتفليسة ينوب عنه وعن دائنيه فى إدارة أمواله إلى أن يتم تصفيتها تصفية

---

(١) انظر نبيل سعد التنازل عن العقد، منشأة المعارف، ١٩٨٥م

(٢) انظر المادة ٦٥ من التقنين التجارى الجديد حيث أنها عممت هذه القاعدة وقننت ما هو مستقر عليه فى الفقه والقضاء

(٣) انظر م ٦٥/٥ حيث عممت هذا المبدأ على كل صك يكون محله دفع مبلغ من النقود أو تسليم بضائع

(٤) انظر فى تفصيل هذه الأحكام الباب الخامس من المادة ٥٥٠ وما بعدها من التقنين التجارى الجديد

جماعية وتوزيع المبالغ المتحصّلة عنها على الدائنين. أما فى القانون المدنى فإن نظام الإعسار يوجد كنظام مقابل لنظام الإفلاس إلا أن هذا النظام يختلف اختلافاً بيّناً عن نظام الإفلاس من حيث الفعالية، والأثر، كما أنه يندر أن يطبق فى الحياة العملية، وذلك على خلاف نظام الإفلاس.

ب- **التضامن**: القاعدة فى القانون المدنى أنه إذا تعدد المدينون فإن التضامن لا يفترض وإنما يلزم أن يتم الاتفاق عليه أو ينص عليه القانون صراحة[1]. أما فى القانون التجارى فإن القاعدة أن التضامن يفترض[2]، وذلك بقصد تدعيم الائتمان التجارى وحماية الدائن من خطر إعسار أو إفلاس أحد المدينين وذلك عن طريق تعدد الذمم التى يرجع عليها الدائن ليجد ما يكفى لسداد دينه.

جـ- **النفاذ المعجّل**: نجد أن القاعدة بالنسبة للأحكام الصادرة بشأن العقود المدنية لا تكون قابلة للتنفيذ طالما أنها قابلة للطعن فيها بالمعارضة أو الاستئناف، ولكن هناك حالات استثنائية على سبيل الحصر يجوز أن تكون الأحكام فيها مشمولة بالنفاذ المعجل. أما بالنسبة للأحكام الصادرة بشأن العقود التجارية فإن الأصل أنها تكون مشمولة بالنفاذ المعجّل سواء كانت قابلة للمعارضة أو الاستئناف أم طعن فيها بشرط تقديم كفالة. وذلك حتى يدعم الائتمان التجارى ويعزز الثقة فى المعاملات التجارية بما يكفل لها السرعة الواجبة.

المبحث الثاني: تقسيم العقود بالنظر إلى انعقادها

وفى هذا التقسيم ندرس تقسيم العقود إلى عقود رضائية وشكالية وعينية، وعقود مساومة وعقود إذعان.

(١) انظر نبيل سعد: التضام ومبدأ عدم افتراض التضامن، منشأة المعارف، ١٩٨٦م.

(٢) انظر م٤٧ من التقنين التجارى الجديد والتى تنص على أن «١- يكون الملتزمون معاً بدين تجارى متضامنين فى هذا الدين ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك».

المطلب الأول: العقود الرضائية والعقود الشكلية والعقود العينية

إذا كان من المستقر عليه الآن فى القوانين الحديثة أن الأصل هو مبدأ الرضائية فى العقود، إلا أنه مع ذلك ما زالت هناك للشكلية دور تلعبه. والفارق الواضح بين الشكلية المحضة فى القوانين القديمة والشكلية فى القوانين الحديثة يتجلى فى ناحيتين:

الأولى: أن الشكلية فى العصر الحديث تعتبر شكلية مرشدة. فهى شكلية ليست مقصودة لذاتها وفى ذاتها وإنما مقصودة لتحقيق أغراض معيّنة بعينها، كحماية أحد المتعاقدين أو كلاهما أو حماية الغير، أو للتنبيه لخطورة التصرف المقدم عليه.. وهكذا، وذلك على خلاف الشكلية فى القانون الرومانى حيث إنها كانت شكلية مقصودة فى ذاتها ولذاتها وبغض النظر عن الإرادة فى ذاتها. وبناءً على ذلك فقد كان العقد الشكلى يلزم ويترتب عليه أثره بمجرد تمام الشكل الخاص به.

الثانية: أن الشكلية فى القوانين الحديثة لا تكفى وحدها لانعقاد العقد، بل لابد من أن توجد الإرادة والتراضى ثم يضاف إليهما الشكل. فالشكلية لا تحل محل التراضى ولا تغنى عنه. فالعقد الشكلى لا ينعقد ولا يكون صحيحا لمجرد إستيفاء الشكل بل لابد من توافر كل شروط انعقاد العقد وصحته. ولذلك فإن توافر الشكلية لا يحول دون الطعن فى العقد بالبطلان أو الإبطال إذا كانت الإرادة منعدمة أو معيبة، وذلك على عكس ما كان عليه القانون الرومانى إذا كانت الشكلية تغنى عن الإرادة، بمعنى أنه كان يعتد بالشكل دون الإرادة فى ذاتها. ولذلك نجد أن العقد الشكلى ينعقد ويكون صحيحاً بمجرد توافر الشكل الخاص به، حتى ولو ثبت أن الإرادة منعدمة أو معيبة[1].

أولاً: أساس التقسيم

يكمن معيار التفرقة بين العقود الرضائية من ناحية والعقود الشكلية والعينية من ناحية أخرى، فى ما إذا كان يكفى التراضى لانعقاد العقد أم أنه يلزم علاوة على

(١) انظر عبد المنعم البدراوى: المرجع السابق فقرة ٣٧ ص٥٣، ٥٤.

التراضي شكل أو إجراء آخر. فإذا كان يكفي التراضي لانعقاد العقد دون استلزام شكل أو إجراء آخر، فإن العقد يكون عقداً رضائياً[(١)]. وإذا كان استلزم علاوة على التراضي شكلاً أو إجراء معيناً فإن العقد يكون عقداً شكلياً أو عقداً عينيّاً.

والأصل، في القوانين الحديثة هو مبدأ الرضائية في العقود، أى أن الأصل هو العقود الرضائية. لكن قد يتفق المتعاقدون أو ينص القانون على أن العقد لا ينعقد إلا إذا تم في شكل معيّن أو إلا إذا تم تسليم شئ معين. فمصدر الشكلية أو العينية قد يكون نص القانون أو اتفاق الاطراف.

وعلى ذلك فإن العقد الشكلى Le contrat solennel هو عقد لا يكفى التراضى لانعقاده، بل يلزم علاوة على ذلك أن يتم التعبير عن الإرادتين في شكل معيّن. فالشكل في هذه العقود يعتبر ركناً لا ينعقد بدونه. والشكلية التى يستلزمها القانون في الوقت الحاضر تنحصر في الكتابة. وهذه الكتابة قد تكون كتابة رسمية أو كتابة عرفية.

وعلى ذلك إذا كانت الكتابة المتطلبة هى الكتابة الرسمية، فيكون العقد عقداً رسمياً Acte authentique. والعقد الرسمى هو العقد الذى يجب أن يبرم أمام موظف عام مختص بذلك، يسمى بالموثق. ومثاله عقد الرهن الرسمى، وعقد هبة العقار[(٢)]، وعقد بيع السفينة.

وقد يستلزم القانون الكتابة لانعقاد العقد، ولكن يكتفى بالكتابة العرفية دون استلزام الرسمية، ومثال ذلك الكتابة المتطلبة في عقد الشركة في القانون المصرى (م٥٠٧)، وكذلك الكتابة المتطلبة في عقد المرتب لمدى الحياة، وفي الوعد بهبة

---

(١) تنص المادة ١٧١ موجبات وعقود لبنانى على أن «عقود الرضى هى التى لا يكون انعقادها موقوفاً على شرط ظاهر خاص بل يكفى أن يتجلى فيها رضى المتعاقدان بحرية تامة وبأى شكل كان. وأما إذا اشترط القانون أن يتجلى هذا الرضى بشكل خاص كإنشاء سند رسمى فالعقد يكون رسميا (Solennel). واستخدام المشرع لفظ العقود الرسمية كان غير موفق. فالرسمية ليست إلا نوعاً من أنواع الشكلية.

(٢) في القانون اللبنانى لا يكون صحيحاً، أى لا ينعقد، إلا بالقيد في السجل العقارى وذلك خلافاً للأصل في التسجيل حيث أنه ليس شرطاً لانعقاد العقد وإنما هو واجب فحسب لكى يترتب على العقد آثاره العينية.

المنقول وكذلك الكتابة المتطلبة فى عقد النشر وذلك وفقاً للقانون رقم ٣٠٤ لسنة ١٩٥٤م فى مصر. وكذلك اشتراطه الكتابة فى عقد إيجار السفن، وعقد القرض البحرى، وعقد التأمين على السفينة والبضائع.

– أما العقد العينى Le Contrat Réel فهو العقد الذى لا يكفى التراضى لانعقاده، وإنما يلزم لكى ينعقد أن يقترن التراضى بتسليم العين محل العقد من أحد الطرفين إلى آخر(١).

ويرجع تاريخ العقد العينى إلى القانون الرومانى حيث كانت القاعدة هى الشكلية فى العقود. وفى مراحل تطور لاحقة للقانون الرومانى كان الاتجاه السائد هو التخفيف من هذه الشكلية المقيتة، لذلك استثنيت بعض العقود من الإجراءات الشكلية المعقدة، إذ وجد فى هذه العقود سمة مشتركة وهى تسليم الشئ المعقود عليه. ولذلك وجد فى تسليم الشئ المعقود عليه إجراء كافٍ يغنى عن الإجراءات الشكلية والمعقدة، فظهرت فكرة العقود العينية. وقد كانت هذه العقود واردة على سبيل الحصر وهى، عارية الاستهلاك، عارية الاستعمال، الوديعة، الرهن الحيازى. والعقود العينية فى القانون الرومانى لم تنعقد بمجرد الاتفاق عليها قبل تمام تسليم محل العقد.

وبالرغم من أن القانون المدنى الفرنسى القديم قد سلّم بمبدأ الرضائية فى العقود بوجه عام، إلا أنه نتيجة لتفسيرات خاطئة استبقى العقود العينية الأربعة التى كانت مقررة فى القانون الرومانى، وأصبحت استثناءً على مبدأ الرضائية. ثم عند وضع التقنين المدنى الفرنسى الحالى أخذ عن القانون الفرنسى القديم المبدأ نفسه، مبدأ الرضائية ونظم إلى جانبه العقود العينية الأربعة وأضاف إليها عقداً خامساً هو الهبة اليدوية، وهو عقد هبة المنقول حيث ينعقد بتسليم المنقول الموهوب إلى الموهوب له بدلاً من الرسمية فى الهبة العقارية(١).

---

(١) انظر أستاذنا الدكتور أنور سلطان: النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ١٩٦٦م فقرة ٢٩ ص٣٧. وانظر فى الموضع نفسه أيضاً موقف التقنين المصرى القديم من العقود العينية.

(٢) وقد نقل قانون الموجبات والعقود اللبنانى هذه العقود العينية الخمسة عن قانون نابليون (م٥٠٩ فى الهبة اليدوية، م٦٩٥ فى الوديعة، م٢٣٢ فى عارية الاستعمال، م٣ من المرسوم الاشتراعى رقم ٤٦ =

أما القوانين الحديثة، ومن بينها معظم القوانين العربية، لم يكن هناك مبرر للإبقاء على العقود العينية، لانتفاء علة وجودها، حيث أنها تخضع لمبدأ الرضائية، والتسليم فيها لا يعتبر ركناً فى انعقاد وإنما هو مجرد التزام يترتب على العقد الذى ينعقد صحيحاً بمجرد التراضى. وقد استبقت بعض القوانين الحديثة على فكرة العقد العينى بالنسبة لعقد واحد. لم يكن من ضمن العقود العينية الأربعة التقليدية هو هبة المنقول.

ثانياً: أهمية التقسيم

وتتجلى أهمية التقسيم فى القول بأن الأصل فى العقود، فى القوانين الحديثة، هو مبدأ الرضائية، وأن الشكلية أو العينية تعد أمراً استثنائياً لا تتطلب إلا بناءً على اتفاق أو نص فى القانون. وعلى ذلك فإنه قد يتفق المتعاقدان أو ينص القانون بأن العقد لا ينعقد إلا إذا أفرغ فى شكل معين أو إلا إذا تم تسليم شئ معين.

والجدير بالذكر أن الشكل المتطلب فى العقود الشكلية هو ما يتوقف على توافره انعقاد العقد، بحيث لا يقوم العقد ولا يتحقق له أى وجود إذا لم يفرغ الرضى فى الشكل المتطلب. وكذلك بالنسبة للعقود العينية فإنه تسليم الشئ يعتبر ركناً جوهرياً لا يقوم العقد بدونه.

ويترتب على ذلك أنه إذا أوجب القانون اتباع شكلية معينة فى إبرام عقد معين، فإنه يتعين حتى لا تفوت الحكمة المقصودة من فرض الشكلية، اتباع الشكلية ذاتها فى الوعد بإبرامه[1]، وفى التوكيل فيه[2]، وفيما يتفق على إدخاله على العقد من تعديل، كما يجب أن تتبع هذه الشكلية فى إجازة العقد إن كان قابلاً للإبطال[3].

- كما أنه يجب ألا نخلط بين اشتراط الكتابة لانعقاد العقد، كعقد الشركة

= لسنة ١٩٣٢ الملحق بقانون الموجبات والعقود الخاص بعقد الرهن. وكذلك فعل القانون المدنى العراقى (م٦٠٣، ٦٨٤، ٨٤٧، ٩٥١، ١٣٢٢).

(١) انظر على سبيل المثال المادة ٢/١٠١ من التقنين المدنى المصرى.

(٢) انظر على سبيل المثال المادة ٧٠٠ من التقنين المدنى المصرى.

(٣) انظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة م٣ ص٥٧.

وعقد المرتب لمدى الحياة، وتطلبها لإثباته كعقد الصلح، وكعقد الكفالة(١). فقد يتطلب القانون أو المتعاقدان كتابة العقد لمجرد إثباته لا لانعقاده، وعندئذ لا يحول عدم توافر هذه الكتابة دون انعقاد العقد أو وجوده. وإنما يحول فقط دون إثباته بالبينة والقرائن القضائية، وإن كان يجوز مع ذلك إثباته بما يقوم مقام الكتابة وهو الإقرار واليمين. وحيث لا يفصح القانون أو المتعاقدان فيما إذا كانت الكتابة مطلوبة لانعقاد العقد أو لمجرد إثباته، فإنها تعد مطلوبة للإثبات لا للانعقاد لأن القاعدة هي كفاية التراضي لانعقاد العقد(٢).

– كذلك يجب ألا نخلط بين الشكلية في إبرام التصرفات القانونية وإجراءات الشهر والعلانية. فالشكلية كشرط لانعقاد العقد تعني أن العقد لا ينعقد إلا بإفراغه في الشكل المطلوب، حيث إن الشكل يعد ركناً من أركان العقد. أما إجراءات الشهر أو العلانية فإنها لا شأن لها بانعقاد العقد أو وجوده. وإنما عدم القيام بها يحول دون ترتيب بعض آثار العقد أو كلها أو دون الاحتجاج ببعض هذه الآثار على الغير(٣). فعقد بيع العقار مثلاً، ما زال ينعقد في القوانين الحديثة، بمجرد التراضي. ويترتب على البيع العقاري غير المسجل كل آثاره فيما عدا نقل الملكية فهو ينشئ حقوقاً شخصية والتزامات على كل من طرفيه. فهو يلزم المشتري بدفع الثمن، ويلزم البائع بالتسليم وبضمان استحقاق المبيع وبضمان التعرض وبضمان ما قد يوجد فيه من عيوب خفية، وهو يلزمه أيضاً بنقل الملكية إلى المشتري. والتزام البائع بنقل الملكية إلى المشتري في العقد غير المسجل يلقي على البائع التزاماً بمعاونة المشتري في إجراء التسجيل. كأن يقدم له سندات الملكية وأن يصحبه إلى مكاتب التوثيق للتصديق على التوقيع على المحرر الذي يقدم للتسجيل. وهذا الالتزام يمكن تنفيذه جبراً على البائع

---

(١) انظر على سبيل المثال م٥٥٢ من القانون المدني، والمادة ٧٧٣ من القانون المدني المصري.

(٢) انظر جلال العدوي، مبادئ الالتزامات، ص٤٦. في القانون اللبناني، إذا اشترط الطرفان الكتابة، كما لو اتفاقا في عقد تمهيدي على تدوين العقد النهائي، فإن مقتضى المادة ٣/٢٢٠ من قانون الموجبات والعقود (انظر أيضاً م ١٨٣) أن الكتابة تكون مشروطة لانعقاد العقد ولو لم يفصح الطرفان عن ذلك انظر إسماعيل غانم، محاضرات في النظرية العامة للموجبات (الالتزامات)، مصادر الموجبات (الالتزامات) ١٩٦٢ – ١٩٦٣ ص٣٨.

(٣) انظر جلال العدوي، المبادئ ص٤٥

إن لم يقم به باختياره. ويكون ذلك برفع دعوى بصحة ونفاذ العقد أمام القضاء، فمتى صدر الحكم فيها بذلك، استطاع المشترى أن يسجله بعد أن يصبح نهائياً فيقوم تسجيله مقام تسجيل العقد نفسه. كل هذا يدل على أن عقد البيع العقارى ما زال عقداً رضائياً ينعقد بمجرد التراضى وقبل التسجيل[١].

ويلاحظ أن المشرّع قد يستلزم الشكل الرسمى لانعقاد العقد، ويستلزم فوق ذلك شهره لانتقال الملكية، وعندئذ يجب تمام الإجراءين بحيث لا يغنى أى منهما عن الآخر. معنى ذلك أن هبة العقار إذا تمت فى الشكل الرسمى انعقدت ورتبت آثارها، ثم يمكن بعد ذلك تسجيلها لكى تنقل الملكية. وكما هو واضح فإن لم تتم هبة العقار في محرر رسمى كانت باطلة بطلاناً لتخلف ركن الشكل، وامتنع بالتالى تسجيلها، لأن التسجيل لا يغنى عن الرسمية فى هذه الحالة. وإذا فرض وسجلت خطأ، لم يترتب على هذا التسجيل أى أثر، لأنه وقع على عقد باطل لا وجود له[٢].

وفى العقود العينية فإن التسليم المتطلب فيها هو التسليم الذى يتوقف عليه قيام العقد وانعقاده، وهو يختلف عن الالتزام بالتسليم الذى يترتب على العقد الذى ينعقد صحيحاً بمجرد التراضى، مثال ذلك التزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة إلى المستأجر والناشئ عن عقد الإيجار الذى انعقد بينهما بمجرد التراضى، بينما فى العقود العينية يعتبر التسليم شرطاً من شروط انعقاد العقد وقيامه فلا يوجد العقد وينعقد إلا إذا تم التسليم.

-ويلاحظ أخيراً أن تقسيم العقود إلى عقود رضائية وشكلية وعينية ليس تقسيماً جامداً، إذ إنه ليس هناك ما يمنع من أن يتفق المتعاقدان على أن يجعلا من عقد رضائى، بحسب أصله، عقداً شكلياً أو عقداً عينياً وذلك بأن يتفقا على أن العقد لا ينعقد إلا بإفراغه فى شكل معين أو بتسليم المحل المعقود عليه أو تنفيذ شطر من التزام أحد الطرفين. مثال ذلك أن يتفق البائع والمشترى على أن البيع لا ينعقد إلا إذا تحرر به سند كتابى رسمى أو عرفى. كما أنه فى عقود التأمين يشترط غالباً ألا يتم العقد إلا بعد أن يدفع المؤمن له القسط الأول، فبذلك يكون العقد عقداً عينياً.

---

(١) عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٤١ ص٥٨.

(٢) عبد المنعم البدراوى. المرجع السابق، فقرة ٤١ ص٥٩.

المطلب الثاني: عقود المساومة وعقود الاذعان

إذا كان الأصل فى القوانين الحديثة هو مبدأ حرية التعاقد، كوجه من أوجه مبدأ سلطان الإرادة والذى بمقتضاه أن يكون للشخص إبرام أو عدم إبرام ما يشاء من عقود، كما يكون للمتعاقدين حرية تحديد مضمون العقد بإرادتهما، إلا أنه مع ذلك قد ظهرت فى الحياة العملية عقود القبول فيها يقتصر على مجرد التسليم بما يعرض على المتعاقد من شروط دون مناقشة ما تتضمنه هذه الشروط، وهذه ما تسمى بعقود الإذعان. ولذلك يجب أن ندرس أساس تقسيم العقود إلى عقود مساومة Contrats de gré à gré وعقود إذعان Contrats d'adhésion ثم نعرض بعد ذلك لأهمية هذا التقسيم.

أولاً: أساس التقسيم

يكمن أساس هذا التقسيم فيما إذا كان العقد يقوم على المساومة بين الطرفين على قدم المساواة من عدمها. فإذا كان يسبق العقد تفاوض بين الطرفين بحيث يتناقشان خلاله فى شروط العقد وبالتالى يتحدد مضمون العقد فى نهاية الأمر نتيجة أخذ ورد بين الطرفين، ينزل كل منهما عن بعض ما كان يريده فى بادئ الأمر، فإن هذا العقد يكون عقد مساومة[1]. وهذه هى الصورة التقليدية للعقد، التى لم يعن فقه القرن التاسع عشر بغيرها. أما إذا استقل أحد الطرفين بوضع شروط التعاقد مقدماً فى صيغة مفصلة بحيث ينضم إلى هذا المشروع كل من يريد التعامل مع الطرف الأول، فيقتصر القبول على مجرد التسليم بهذه الشروط دون مناقشة، فإن هذا العقد يكون عقد إذعان[2].

---

(١) عرفت المادة ١/١٧٢ موجبات وعقود لبنانى عقد التراضى، والأولى أن تسمية عقد المساومة لأن لفظ التراضى لفظ عام ينطبق على كافة العقود الرضائية، بأنه العقد «الذى تجرى المناقشة والمساومة فى شروطه وتوضع بحرية بين المتعاقدين (كالبيع العادى والإيجار والمقايضة والإقراض).

(٢) ولذلك نجد أن المادة ٢/١٧٢ موجبات وعقود لبنانى تنص على أنه «عندما يقتصر أحد الفريقين على قبول مشروع نظامى يكتفى بعرضه عليه ولا يجوز له من الوجه القانونى أو الفعلى أن يناقش فى ما تضمنه، يسمى العقد إذ ذاك عقد موافقة (كتعاقد على النقل مع شركة سكة حديدية أو عقد الضمان).

ما يجب ملاحظته أنه فى عقد الإذعان وإن كان ينتقص من حرية الطرف الضعيف إلا أنه لا يعدمها. فالشخص ما زال فى وسعه أن يقبل التعاقد أو يرفضه برمته دون مناقشة. كما أن هذه العقود لا تكفى وحدها لإنتاج أثر قانونى، فهى لا تفرض نفسها على الغير دون رضائهم، بل لابد من أن يقترن بها إرادة الطرف الآخر، أى لابد من تلاقى إرادتين، وهذا هو جوهر العقد.

ومن أمثلة عقود الإذعان عقد الاشتراك فى المياه والنور والغاز والتليفون، وعقد النقل بالسكك الحديدية، والبواخر، والطائرات، والسيارات العامة، وعقد التأمين... إلخ.

فعقد الإذعان عقد حقيقى، ولكنه يتضمن تفاوتاً فى مركز الطرفين من الناحية الاقتصادية لا من الناحية القانونية. كما أن كل ما يرد على حرية القابل فى عقود الإذعان لا يعدو أن يكون نوعاً من الضغط الاقتصادى الذى لا أثر له فى قيام الرضى، وبالتالى فى وجود العقد.

ولم يرد فى التقنيات الحديثة تعريف محدد لعقود الإذعان، وإنما اكتفت بوصف القبول فيها[1]، على أن الرأى السائد فى الفقه[2]، والقضاء[3]، أن نطاق عقود الإذعان يتحدد بخصائص ثلاثة:

أولاً: أن يتعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الأولى بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين.

---

(١) انظر مع ذلك نص المادة ١٠٠ من القانون المدنى المصرى والذى ينص على أنه «القبول فى عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها» انظر م١٠١ مدنى سورى (مطابق)، م١٠٠ مدنى ليبى (مطابق)، م١٧٦/١ مدنى عراقى (موافق)، ١٧٢/٢ لبنانى (موافق)، م٨٠ مدنى كويتى (موافق).

(٢) انظر السنهورى، الوسيط، جزء ١ قرة ١١٦ ص٢٤٥، مصطفى الجمال، المرجع السابق، فقرة ١٨٢ ص٢٠٥ إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٧٥ ص١٣٦، أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٨٦ ص١١١، توفيق فرج، المرجع السابق، ص٤٦، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٥١ ص٧٥، عبد الفتاح عبد الباقى، موسوعة القانون المدنى المصرى، العقد والارادة المنفردة ١٩٨٤.

(٣) انظر نقض مدنى (مصرى)، فى ١٩٧٤/٣/١٢م، مجموعة أحكام النقض س٢٥ ص٤٩٢ قاعدة ٨. ١٩٨٢/١/٢ س٣٣ ص٥١، ١٩٩١/٤/٢٢ الطعن ١٣٢٠ لسنة ٥٥ق.

ثانياً: احتكار لهذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً، أو على الأقل عدم تعرضه بالنسبة لها إلا لمنافسة محدودة النطاق.

ثالثاً: أن يكون الإيجاب موجهاً إلى الجمهور كافة بشروط متماثلة ولمدة غير محدودة(١).

ويرى الفقه الحديث أن هذه الشروط لا محل لها حيث لا أساس لها من نصوص القانون. ويقصد الفقه من وراء ذلك بسط حماية أوسع على الطرف الضعيف اقتصادياً عن طريق التوسع فى مفهوم عقد الإذعان(٢).

ثانياً: أهمية التقسيم

إذا كان من المستقر عليه فى الفقه والقضاء أن عقود الإذعان تعتبر عقوداً حقيقية، إلا أنه لا يمكن مع ذلك، تجاهل التفاوت الاقتصادى فى مركز الطرفين واستقلال الطرف القوى منهما بوضع شروط العقد. ولذلك تقتضى العدالة أن يهيئ القانون الوسائل التى تكفل حماية الطرف الضعيف حتى لا يكون ضحية للطرف القوى.

ولذلك استقرت القوانين المدنية الحديثة على وضع الوسائل الكفيلة بحماية الطرف الضعيف فى عقود الإذعان بصفة عامة.

فنجد معظم القوانين المدنية العربية، مثلاً، تخوّل القاضى سلطة تعديل عقد الإذعان إذا كان قد تضمن شروطاً تعسفية. فيجوز للقاضى، استثناءً من مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين «أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقضى به العدالة» ولتدعيم هذه الحماية نصت هذه القوانين على أن

---

(١) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى المصرى، جزء ٢ ص٦٩.

(٢) انظر نبيل سعد «نحو قانون خاص بالإئتمان»، منشأة المعارف، ١٩٩١، ص٩١. انظر نقض ١٩٥٤/٤/٢٢ الطعن رقم ٢٠٨ لسنة ٢١ق، مجموعة احكام النقض س٥ ص٧٨٨ ، ٨٢/١/٢ س ٣٣ ص٥١، ١٩٩١/٤/٢٢ الطعن رقم ١٣٢٠ لسنة ٥٥ق.

قارن هذا الاتجاه فى الفقه الفرنسى F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, op. cit, no 188 p. 182.

«يقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك» وذلك حتى يحول دون إدراج الطرف القوى فى عقد الإذعان شرط يهدف من وراءه سلب القضاء هذه السلطة(١).

وكذلك نجد أن هذه القوانين تضمنت قواعد استثنائية فى صدد تفسير عقود الإذعان(٢). فالمبدأ العام فى هذه القوانين هو تفسير الشك لمصلحة المدين، ولكنها استثنت من هذا المبدأ عقود الإذعان ونصت بصددها على أنه «لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن» ومعنى ذلك أن الشك فى شرط من شروط عقد الإذعان يفسر لمصلحة، الطرف المذعن، سواء كان دائناً أو مديناً فى ذلك الشرط. وأساس هذه القاعدة أن الطرف الآخر، القوى اقتصادياً، هو الذى يستقل بوضع شروط العقد، ولديه من الوسائل ما يمكنه من صياغة هذه الشروط واضحة بينة، فإذا شاب عبارات العقد غموض كان ذلك راجع إليه فتقع عليه تبعته(٣).

فى فرنسا لم يخص التقنين المدنى عقود الاذعان بقواعد خاصة. لكن المشرع قد تدخل مؤخراً (نص المادة L. 132- 1 et S.C. Consom والمعدلة بقانون ١ فبراير ١٩٩٥ المستوحى من التوجيه الأوروبى فى ٥ أبريل ١٩٩٣) لحماية المستهلك من الشروط التعسفية فى العقود التى تبرم بين المهنيين وغير المهنيين بصفة عامة، سواء أكانت عقود إذعان أو غير ذلك (٤) وقد أورد تقنين الاستهلاك تعريفا للشروط

---

(١) انظر نص المادة ١٤٩ مدنى مصرى، ونص المادة ١٥٠ مدنى سورى (مطابق)، والمادة ١٤٩ مدنى ليبى (مطابق) والمادة ٢/١٦٧ مدنى عراقى (موافق) والمادة ٨١ مدنى كويتى (موافق). المشرع اللبنانى خص عقد العمل بتنظيم خاص قصد به حماية الإجراء (٦٢٤٢ - ٦٥٦ موجبات وعقود) وفى قانون العمل، وكذلك عقد الضمان (عقد التأمين) (م٩٥٠ - ١٠٢٠ موجبات وعقود) ولكنه لم يضع قواعد تنطبق على عقود الإذعان عموماً. انظر نقض ١٩٨٩/١٢/١٢ الطعن رقم ٣٨٨ لسنة ٥٧ ق، ١٩٩١/٤/٢٢ السابق الاشارة إليه.

(٢) انظر نص المادة ١٥٠ مدنى مصرى، والمادة ١٥٢ مدنى سورى (مطابق)، والمادة ١٥٣ مدنى ليبى (مطابق) وكذلك فى هذا المعنى نفسه ٥ ١٥٠ - ١٥١ والمادة ٢/١٦٧ مدنى عراقى (موافق) ونص المادة ٨٢ مدنى كويتى (موافق).

(٣) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٧٥، ص١٣٥.

(٤) انظر فى تفصيل ذلك Ch. Larroumet, op. cit, no 125 p. 109. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, op. cit. no 307 p. 303 فى القانون الالمانى، كالقانون المصرى، يعطى الحماية لأطراف عقد الاذعان أيا كانوا فى قانون كيبك يعطى الحماية للمستهلك=

التعسفية فى المادة L 132. 101 حيث تنص على أن الشروط التعسفية هى الشروط «التى ينشأ بحسب موضوعها أو أثرها، بالنسبة لغير المهنى أو المستهلك، عدم تعادل واضح بين حقوق والتزامات الطرفين فى العقد» وقد جاء قانون ١ يناير ١٩٩٥ لينص على إعتبار هذه الشروط غير مكتوبة "Les clauses abusives sont réputées non écrites" وهذا الأمر يتعلق ببطلان جزئى للعقد.

المبحث الثالث: تقسيم العقود بالنظر إلى آثارها

وفى هذا التقسيم ندرس تقسيم العقود إلى: أولاً: عقود ملزمة للجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد. ثانياً: عقود معاوضة وعقود تبرع. وثالثاً: عقود محددة وعقود احتمالية. رابعاً: عقود فورية وعقود زمنية.

المطلب الأول: العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد

هناك من العقود ما ينشئ التزامات على طرفيه، ومنها ما ينشئ التزامات على أحدهما ولذلك تنقسم العقود من هذه الزاوية إلى عقود ملزمة للجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد، ونعرض الآن لأساس هذا التقسيم، ثم بعد ذلك لأهمية التقسيم.

أولاً : أساس التقسيم

يكمن معيار التفرقة بين العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد فيما إذا كان العقد ينشئ التزامات متقابلة فى ذمة كل من المتعاقدين، أم أنه ينشئ التزامات فى جانب أحد المتعاقدين فقط وقت ابرام العقد.

وعلى ذلك فإن العقد الملزم للجانبين هو العقد الذى ينشئ التزامات متقابلة فى

= والمهنى طالما كان العقد عقد اذعان. التوجيه الاوروبى فى ٥ أبريل ١٩٩٣ يعطى الحماية للمستهلك فقط (م٢) واستبعد المهنى، ومع ذلك فإن العقد ينبغى أن يبرم بين المستهلك والمهنى وهذا هو اتجاه القانون الفرنسى.

ذمة كل من المتعاقدين، بحيث يكون كل منهما دائناً ومديناً فى الوقت نفسه للطرف الآخر[1]، ففى البيع مثلاً نجد أن البائع يلتزم بنقل ملكية الشئ المبيع وتسليمه مقابل التزام المشترى بدفع الثمن. ونجد أن المشترى يلتزم بدفع الثمن فى مقابل التزام البائع بنقل ملكية الشئ المبيع وتسليمه. ففكرة التقابل بين الالتزامات هى التى تميز العقد الملزم للجانبين ولذلك يطلق عليه أيضاً العقد التبادلى. ومثل ذلك أيضاً فى عقود الإيجار والمقاولة، والعمل والشركة... إلخ.

أما العقد الملزم لجانب واحد فهو العقد الذى لا ينشئ التزامات إلا فى جانب أحد المتعاقدين، بحيث يكون أحد المتعاقدين مديناً غير دائن والمتعاقد الآخر دائناً غير مدين[2] مثل ذلك الهبة يلتزم فيها الواهب بنقل ملكية الشئ الموهوب وتسليمه ولا يلتزم الموهوب له بشئ فى مقابل ذلك. ولذلك يكون الواهب مديناً فحسب بنقل ملكية الشئ الموهوب، ويكون الموهب له دائناً فحسب بانتقال الملكية، ومثل ذلك فى عقود الوديعة والوكالة بغير أجر.

ومما تجدر الإشارة إلية فى هذا الصدد أن العقد الملزم لجانب واحد هو كسائر لعقود لا يتم إلابتلاقى إرادتين. فهو تصرف قانونى ثنائى فى نشأته فردى فى آثاره، فلفظ «جانب واحد» إذا اقترن بالعقد كان المقصود هو أثر العقد لا تكوينه. وذلك بخلاف التصرف القانونى الصادر من جانب واحد. فهو يتم بإرادة منفردة، ومثال ذلك الوصية والوقف. فالتصرف القانونى فى مثل هذه الأحوال ينشأ بالإرادة المنفردة، ولذلك فلفظ «جانب واحد» إن اقترن بالتصرف القانونى كان المقصود هو تكوين العمل القانونى لا أثره[3].

وللتفرقة بين العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد أهمية كبرى وذلك لاختلاف القواعد المطبقة على كل منهما، وهذا هو موضوع الفقرة التالية.

---

(١) انظر نص المادة ١١٠٢ مدنى فرنسى والمادة ٢/١٦٨ موجبات وعقود لبنانى.

(٢) انظر نص المادة ١١٠٣ مدنى فرنسى، والمادة ٢/١٦٨ موجبات وعقود لبنانى.

(٣) انظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٣٥ ص٦٢، شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، فقرة ١٧٩ ص٢٨٦، عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٣٣/ص٧.

ثانياً: أهمية التقسيم

سبق أن رأينا أن أساس التقسيم بين العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد، يكمن في التقابل بين التزامات الطرفين فى العقد الملزم للجانبين، ولذلك فإن القانون قد أعتد بهذا التقابل ورتب عليه بعض النتائج ومنها:

١- من حيث الفسخ: تتبدى أهمية التفرقة بين العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد فى أنه إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه فى العقد الملزم للجانبين جاز للمتعاقد الآخر أن يتحلل من التزامه بأن يطلب من القاضى الحكم له بفسخ العقد فيزول العقد بأثر رجعى (م١٥٧/١ مدنى مصرى) أما فى العقد الملزم لجانب واحد فلا محل للفسخ لانعدام التقابل بين التزامات الطرفين، حيث إنه لا يوجد إلا التزامات فى جانب أحد المتعاقدين فيكون مديناً غير دائن ويكون المتعاقد الآخر دائناً غير مدين. ولذلك فإن إخلال المدين بالتزامه فى هذا العقد يعطى الدائن الحق فى المطالبة بإجبار المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، فإن استحال ذلك فإنه يطالب بالتنفيذ بمقابل، أى بالتعويض.

٢- من حيث الانفساخ ومبدأ تحمل التبعة: وتظهر أهمية التفرقة أيضاً فى أن القاعدة فى العقود الملزمة للجانبين أنه إذا استحال تنفيذ التزام أحد المتعاقدين بسبب أجنبى لا يد له فيه انقضى هذا الالتزام وانقضى معه الالتزام المقابل، وعندئذ يفسخ العقد بقوة القانون م١٥٩ مدنى.

أما فى العقد الملزم لجانب واحد لا محل لتطبيق هذه القاعدة لانتفاء التقابل بين الالتزامات، حيث لا يوجد إلا التزامات فى جانب أحد المتعاقدين دون المتعاقد الآخر. ولذلك إذا استحال تنفيذ التزام المدين، فى العقد الملزم لجانب واحد، لسبب أجنبى لا يد له فيه انقضى التزامه ولا مسؤولية عليه (م ٣٧٣ مدنى).

- ولكن يجب أن نتساءل هنا عن تبعة هذه الاستحالة، فهل تقع على عاتق المدين أو على عاتق الدائن؟ حيث إن الإجابة تختلف بحسب ما إذا كان العقد ملزماً للجانبين أم ملزماً لجانب واحد. ففى العقود الملزمة للجانبين تقع تبعة الاستحالة على المدين بالالتزام الذى إستحال تنفيذه res perit debitori، حيث إنه إذا انقضى

الالتزام بسبب استحالة تنفيذه لسبب أجنبى انقضى معه الالتزام المقابل وينفسخ العقد من تلقاء نفسه، فلا يستطيع المدين فى الالتزام الذى استحال تنفيذه أن يطالب الطرف الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل، فتكون النتيجة أن الخسارة الناتجة عن الاستحالة تقع في نهاية الأمر على عاتقه. ففى عقد الإيجار مثلاً، إذا استحال على المؤجر لسبب أجنبى أن ينفذ التزامه بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، فإنه يفقد حقه فى الأجرة المتفق عليها، ولا يستطيع مطالبة المستأجر بأدائها إليه وبالتالى تقع عليه التبعة وكذلك فى عقد البيع إذا هلك المبيع بسبب أجنبى، قبل التسليم، استحال على البائع تنفيذ التزامه بنقل الملكية وتسليم الشئ المبيع، رانقضى تبعاً لذلك التزام المشترى بدفع الثمن وانفسخ عقد البيع بقوة القانون، فهنا نجد أن البائع يفقد حقه فى الثمن المتفق عليه حيث لا يستطيع أن يطالب المشترى بأدائه له، وإنما عليه أن يتحمل التبعة.

أما إذا كان العقد ملزماً لجانب واحد فإن الذى يتحمل تبعة الاستحالة هو الدائن لا المدين res perit creditori. ففى الوديعة بغير أجر، إذا هلك الشئ المودع لسبب أجنبى استحال على المودع عنده أن يرده إلى المودع وينقضى بذلك التزامه بالرد، ليس على الدائن (المودع) التزام مقابل يتحلل منه فى مقابل انقضاء التزام المدين (المودع لديه)، فتكون النتيجة أن الدائن (المودع) هو الذى تحمل الخسارة الناشئة عن استحالة تنفيذ الالتزام.

اما بالنسبة لتحمل تبعة الهلاك للشئ فإن القاعدة العامة فى القانون المصرى أن تبعة الهلاك على المالك res perit domino. يستثنى من هذه القاعدة العقود الملزمة للجانبين. **الناقلة للملكية** حيث أن تبعة الهلاك تقع على المدين بالتسليم مالكا كان أو غير مالك أما فى العقود الملزمة للجانبين غير الناقلة للملكية فانها تخضع للقاعدة العامة وهى أن تبعة الهلاك على المالك res perit domino وغنى عن البيان أن الأمر يتعلق هنا بالهلاك الناشئ عن القوة القاهرة ويترتب على ذلك أن الالتزام المقابل ينقضى وينفسخ العقد بقوة القانون.

٣- من حيث الدفع بعدم التنفيذ: القاعدة فى العقود الملزمة للجانبين، أنه

إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ. وهذا الدفع يقوم على فكرة التقابل فى الالتزامات فى العقود الملزمة للجانبين والغرض من هذا الدفع هو حمل المتعاقد المتقاعس على القيام بتنفيذ ما التزم به. ولذلك فإنه لا محل للدفع بعدم التنفيذ فى العقد الملزم لجانب واحد، حيث لا ينشئ هذا العقد إلا التزامات فى جانب أحد المتعاقدين دون المتعاقد الآخر(١).

المطلب الثانى: عقود المعاوضة وعقود التبرع

إن من أهم تقسيمات العقود هو تقسيمها إلى عقود معاوضة وعقود تبرع. فهناك من العقود ما يأخذ عاقدها مقابلاً لما يعطيه، وهذه عقود بغير مقابل، أى عقود تبرع. وعلى ذلك يجب أن نقف على أساس التقسيم، ثم بعد ذلك على أهمية هذا التقسيم.

أولاً: أساس التقسيم

وأساس التقسيم بين عقود المعاوضة وعقود التبرع هو حصول المتعاقد على مقابل لما يعطيه أو عدم حصوله عليه مع انصراف نيته إلى ذلك.

وعلى ذلك يكون العقد معاوضة إذا كان كل من المتعاقدين يأخذ فيه مقابلاً لما أعطاه. ومثاله عقد البيع والمقايضة والإيجار وعقد العمل. وعقد التبرع هو العقد الذى لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين مقابلاً لما يعطى، ومع انصراف النية إلى ذلك، ومثاله عقد الهبة والعارية.

ولذلك يمكننا أن نخلص إلى أن معيار التفرقة بين عقود المعاوضة وعقود التبرع هو معيار ذو شقين: **الشق الأول**: إنتفاء المقابل أو العوض المعادل، أى أن أحد المتعاقدين يعطى دون أن يأخذ عوضاً أو مقابلاً. **والشق الثانى**. هو نية التبرع أى

(١) وانظر أهمية التفرقة فيما يتعلق بالاثبات الكتابى أو الخطى م٢/٣٦٣ موجبات وعقود لبنانى، م١٥٢ من قانون أصول المحاكمات وكذلك المادة ١٣٢٥ مدنى فرنسى.

تنصرف نية أحد المتعاقدين إلى إعطاء المتعاقد الآخر قيمة مالية دون مقابل يعادلها وباجتماع هذين العنصرين يعتبر العقد من عقود التبرع[1].

وتطبيقاً لهذا المعيار فإنه إذا أبرم عقد هبة، مع فرض التزامات على الموهوب له لمصلحة الواهب تستغرق قيمة الموهوب، كان العقد معاوضة لا تبرعاً، لتخلف الشق الأول لعقد التبرع. بينما لا ينفى عن العقد وصف التبرع ما دامت قد توافرت نية التبرع، حتى ولو فرض على الموهوب له التزام لمصلحة الواهب، بشرط أن تكون قيمته أقل من قيمة المال الموهوب[2]. وبالمثل البيع الذى تحصل فيه مجاملة فى الثمن بحيث يأخذ البائع ثمناً يقل عن قيمة المبيع لمجاملة المشترى مثلاً، كما إذا كان قريبه أو صديقه، يظل مع ذلك عقداً من عقود المعاوضة، ما دامت المجاملة لا تتجاوز حدودها[3].

– ويذهب الفقه إلى التمييز فى عقود التبرع بين الهبات وعقود التفضل. ففى الهبة يخرج مال من ذمة الواهب بغير مقابل. أما فى عقد التفضل فيقدم المتبرع بغير مقابل خدمة أو منفعة للمتبرع له دون أن يخرج مال من ذمته، مثل ذلك عارية الاستعمال والوكالة والوديعة بغير أجر. فالهبة إذن أشد خطراً من عقود التفضل لذلك جرت كثير من التشريعات الحديثة على اشتراط الشكلية فى الهبات المباشرة دون عقود التفضل[4].

---

(١) وقد نصت المادة ١٦٩ موجبات وعقود لبنانى على أن «العقد ذو العوض هو الذى يوضع لمصلحة جميع المتعاقدين فينالون منه منافع تعد متعادلة على وجه محسوس (كالبيع والمقايضة والإيجار وعقد الاستخدام والقرض ذى الفائدة).

«والعقد المجانى هو الذى يوضع لمصلحة فريق واحد بدون أن يكون للفريق الآخر أمل بنفع يعادل على وجه محسوس التضحية التى رضى بها (كالهبة وعارية الاستعمال وإقراض النقود بلا فائدة) وتبقى للعقد صفته المجانية ولو كان الفريق المنتفع ملزماً ببعض تكاليف أو موجبات وأن تكن عائده إلى مصلحة المنتفع منه (كالهبة ذات التكاليف) إذ أنه يجب النظر إلى العقد بجملته وبحسب الروح التى انشئ بها». وانظر نص المادة ١١٠٥، ١١٠٦ مدنى فرنسى.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٣٨ ص٦٧.

(٣) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٣٢ ص٦٧

(٤) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٣٨ ص٦٨

وكذلك مما يجب تنبيه إليه انه ليس هناك تطابق تام بين عقود تقسيم العقود عقود معاوضة وعقود تبرع وتقسيمها إلى عقود ملزمة للجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد. وذلك راجع إلى أن الأساس مختلف فى القسمين، كما يتضح مما سبق بيانه. كما أن سبب هذا اللبس يعود إلى أن الغالب فى عقود التبرع أنها عقود ملزمة لجانب واحد، هو المتبرع، دون الجانب الآخر وهو المتبرع له، كما هو الحال فى الهبة والوديعة والوكالة بغير أجر، كما أن أغلب عقود المعاوضة تعتبر عقوداً ملزمة للجانبين.

وبالرغم من ذلك فإنه لا يوجد تطابق بين التقسيمين، كما هو الحال فى الهبة ذات التكليف أو الهبة بشرط، وهى التى تفرض على الموهوب له أداء التزام معين. وكما فى عارية الاستعمال حيث يلتزم المعير بتسليم الشئ المعار إلى المستعير وبعدم المطالبة به طوال مدة العارية، ويلتزم المستعير بالمحافظة على الشئ ورده عند انتهاء هذه المدة. وعقد المعاوضة قد يكون عقداً ملزماً لجانب واحد، على أن هذه الصورة نادرة، ومن أمثلتها هبة المجازاة أو المكافأة التى تعقد وفاءً لالتزام طبيعى كقيام الأب بتقديم جهاز لابنته، أو يدفع المهر عن ابنه[1]. وعقد الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد حيث لا يكون سبب التزام الواعد هو نية التبرع وإنما هو احتمال انعقاد البيع الموعود به فى المستقبل، وبذلك يكون ذلك الوعد فى مقابل عوض احتمالى[2] وعقد الكفالة بأجر يأخذه الكفيل من المدين لا من الدائن. فالكفالة تبرم بين الكفيل والدائن، ولا يعتبر المدين طرفاً فيها فإن أخذ الكفيل مقابلاً لكفالته من المدين، وأصبحت الكفالة بذلك من عقود المعاوضات، فإن هذا لا يمنع أن تلك الكفالة ترتب على الكفيل وحده التزامات، ولا ترتب التزامات ما على الدائن، وهو طرفها الآخر، فالكفالة هنا تعتبر ملزمة لجانب واحد، برغم أنه من أعمال المعاوضات[3].

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٣٨ ص٦٨، ٦٩.

(٢) حلال العدوى، أصول المعاملات ص٩٩.

(٣) [illegible] المرجع السابق، فقرة ص٧١ هامش ١.

ثانياً: أهمية التقسيم

للتفرقة بين عقود المعاوضات وعقود التبرع أهمية كبرى، ومن مظاهر تلك الأهمية ما يلى:

١- تختلف قواعد الأهلية والولاية على المال فى التبرعات عنها فى المعاوضات. فمن حيث الأهلية: نجد أن المشرّع يشترط أقصى درجات الأهلية فى المتبرع وأخفها فى المتبرع له، اعتباراً بأن الأول يجرى عملاً يضره ضرراً محضاً، وأن الثانى يجرى عملاً ينفعه نفعاً محضاً. أما فى عقود المعاوضة فالقانون يشترط فى المتعاقد أهلية إبرام التصرفات الدائرة بين النفع والضرر[1]. ومن حيث الولاية على المال: لا يجوز للولى على المال، سواء كان ولياً شرعياً - أباً أو جداً - أو وصياً أو قيماً، أن يتبرع من مال الصغير أو المحجوز عليه إلا بإذن من المحكمة وبشرط أن يكون التبرع لأداء واجب إنسانى أو عائلى. أما المعاوضات فيختلف الحكم فى شأنها. فالأصل أن للولى الشرعى إن كان هو الأب القيام بها بغير إذن سواء كانت أعمال تصرف أو أعمال إدارة. أما الجد والوصى والقيم فالأصل أن لهم القيام بأعمال الإدارة بغير إذن، أما أعمال التصرف فلابد فيها من إذن المحكمة[2].

٢- الأصل فى التصرفات التى تقوم على التبرع هو أنها تعتبر أعمالاً مدنية وليست تجارية. إذ إن التجارة تقوم على المضاربة وتحقيق الربح، فالتبرع غريب عنها. أما المعاوضات، فقد تتسم أحياناً بالصفة المدنية، وأحياناً بالصفة التجارية على حسب الأحوال[3].

٣- الأصل فى عقود التبرع أن لشخصية المتعاقدين اعتبارها، ولذلك كان الأصل أن الغلط فى شخص المتعاقد قد يعيب الرضى فى عقود التبرع فيجعل العقد قابلاً للإبطال. أما فى عقود المعاوضة فالأصل أن الغلط فى شخصية المتعاقد لا يعتبر جوهرياً. لكن إذا كان شخص المتعاقد فيها محل اعتبار، كما هو الحال فى عقد

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٣٩ ص٦٩، ٧٠.
(٢) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٣٢ ص٦٧
(٣) انظر المادة ٧٢٠ مدنى مصرى على سبيل المثال.

الشركة وعقد المزارعة وعقد العمل فى هذه الحالة يعتبر الغلط فى شخصية المتعاقد جوهرياً، وينهض سبباً لطلب إبطال العقد.

٤- تختلف معاملة القانون للمتعاقد باختلاف ما إذا كان متبرعاً أو متبرعاً له أو متعاوضاً - فهو يعامل المتبرع معاملة أخف من تلك التى يعامل بها المتعاوض، فمسؤولية المودع عنده إن كانت الوديعة بغير أجر أخف منها إن كانت الوديعة بأجر[١]. فى حين أنه يعامل المتبرع له معاملة أقسى وأشد من تلك التى يعامل بها المعاوض، ولذلك نجد أن مسؤولية المستأجر، وهو يؤدى أجرة فى مقابل الانتفاع بالعين المؤجرة، أخف من مسؤولية المستعير فى عارية الاستعمال وهو لا يؤدى أى مقابل عن الانتفاع بالشئ المعار[٢].

٥- تختلف المعاوضات عن التبرعات بالنسبة إلى شروط إعمال الدعوى البوليصية أو دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين فى مواجهة دائنيه فى القانون المصرى. فإذا كان الدائن يطعن عن طريق هذه الدعوى فى عقد معاوضة فإنه يجب أن يثبت أن من تعاقد مع المدين كان متواطئاً معه على الإضرار بالدائنين[٣]. أما إذا كان العقد المطعون فيه عقد تبرع فلا يشترط هذا التواطؤ[٤]. وهذه التفرقة راجعة إلى أنه ليس من المعقول أن ينفذ تبرع للمدين فى حق دائنيه إذا لم يكن لديه ما يكفى لسداد ديونه، كما أن الدائن أولى بالرعاية من المتبرع له ولو كان حسن النية لأن الدائن يبغى من وراء طعنه أن يرفع عن نفسه الضرر الذى سببه تبرع المدين بمال من أمواله فى الوقت الذى لا تكفى فيه هذه الأموال لسداد ما عليه من ديون. كما أن الاستجابة للطعن والحكم بعدم نفاذ التبرع لن يترتب عليه سوى تفويت الفائدة التى تلقاها المتبرع له بغير مقابل، ومن الواضح أن دفع الضرر أولى من جلب المنفعة[٥].

---

(١) انظر المادة ٧٢٠ مدنى مصرى على سبيل المثال، م٦٩٦، ٧١٣ موجبات وعقود لبنانى.

(٢) قارن المادة ٥٨٣ مدنى مصرى فى الإيجار بالمادة ٦٤١ مدنى مصرى فى العارية على سبيل المثال وانظر عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٣٢ ص٦٨، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٣٦ ص٧٠.

(٣) م١/٢٣٨ مدنى مصرى، م٢٧٨ موجبات وعقود لبنانى.

(٤) م ٢/٢٣٨ مدنى مصرى، م٢٧٨ موجبات وعقود لبنانى.

(٥) انظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٣٩ ص٧٠.

المطلب الثالث: العقود المحددة والعقود الاحتمالية

تنقسم العقود بحسب ما إذا كان من الممكن عند إبرامها تحديد قيمة الالتزامات الناشئة عنها أم لا، إلى عقود محددة وعقود احتمالية. ولندرس الآن أساس هذا التقسيم وأهميته.

أولاً: أساس التقسيم

وأساس التقسيم يكمن فيما إذا كان كل متعاقد يعلم سلفاً نطاق الالتزام الملقى على عاتقه، ونطاق الالتزام الملقى على عاتق الطرف الآخر بطريقة محددة وقت إبرام العقد أم لا. وهذا التقسيم يقع فى إطار عقود المعاوضة[1].

فالعقد المحدد إذن هو العقد الذى يمكن فيه لكل من المتعاقدين أن يحدد وقت إبرام العقد قدر ما يأخذ وقدر ما يعطى – ومثال ذلك عقد بيع شئ معين بمبلغ نقدى محدد كثمن وقت إبرام العقد، أو تأجير شئ معين لقاء مبلغ نقدى محدد كأجرة، وقت إبرام العقد فهنا نستطيع أن نتبين وقت التعاقد مدى ما يعطيه وما يأخذه كل من البائع والمشترى أو المؤجر والمستاجر.

أما العقد الاحتمالى فهو ذلك الذى يكون الأداء الذى التزم به أحد الطرفين فيه متوقفاً فى مقداره أو فى وجوده ذاته على أمر غير محقق الوقوع، على مجرد احتمال بحيث لا يمكن وقت التعاقد تحديد القدر الذى يعطيه أحد الطرفين أو القدر الذى يأخذه، فلا يعرف وقت التعاقد أى العاقدين سينال ربحاً وأيهما ستصيبه الخسارة[2]. ومن أمثلة العقد الاحتمالى عقد التأمين على الحياة، وعقد البيع الذى يكون الثمن فيه إيراداً يؤديه المشترى للبائع مدى حياته. ففى عقد التأمين على الحياة لا نستطيع أن نعرف وقت إبرام العقد، قيمة المبالغ التى يدفعها المؤمن له لشركة التأمين، فهذه القيمة تتأثر بطول حياة المؤمن له أو قصرها، فهو قد يموت بعد أداء قسط واحد، وقد تمتد به الحياة إلى أن يدفع الكثير منها. كذلك فى عقد البيع

---

(١) انظر نص المادة ١١٠٤ مدنى فرنسى

(٢) إسماعيل غانم، المرجع لاسابق، فقرة ٤٠ ص٧١

الذى يكون الثمن فيه إيراداً مرتباً لمدى حياة المشترى، فلا يعرف المشترى وقت التعاقد مقدار ما سيعطى، ولا البائع يعرف مقدار ما سيأخذ، إذ إن مقدار الثمن لا يتحدد إلا بموت البائع حيث ينتهى أداء الإيراد الدورى المشروط، والموت أمر لا يعرف وقت حصوله[1].

ثانيا: أهمية التقسيم

إن كان لهذه التفرقة أهمية فإنها تبدو أكثر وضوحاً من الناحية الاقتصادية عنها من الناحية القانونية، ومع ذلك فإن هناك بعض نتائج قانونية تترتب على هذا التقسيم:

١- تظهر أهمية التفرقة بين العقود الاحتمالية والعقود المحددة فيما يتعلق بتطبيق أحكام الغبن، خاصة فى ظل القانون الفرنسى، إذ كان يقتصر تطبيق تلك الأحكام على العقود المحددة فقط دون العقود الاحتمالية. وذلك راجع إلى الاعتقاد بأن الغبن لا يؤثر فى العقود الاحتمالية، حيث إن الأساس الذى تقوم عليه هذه العقود هو غبن احتمالى يتحمله أحد المتعاقدين، ولكن الاتجاه الحديث يعمم تطبيق الغبن على العقود المحددة والعقود الاحتمالية، كل ما هناك يصبح معيار الغبن فى العقود الاحتمالية ليس هو عدم التعادل بين الأداءات التى يؤديها الطرفان فعلاً، وإنما هو عدم التعادل بين احتمال الكسب واحتمال الخسارة وقت العقد[2].

٢- تبدو أهمية هذه التفرقة أيضاً من حيث تطبيق نظرية الظروف الطارئة، حيث إن الرأى السائد يتجه إلى هذه النظرية لا تنطبق إلا على العقود المحددة القيمة، إذ بصدد هذه العقود يمكن أن يتصور الاختلال الفادح فى التعادل بين التزامات

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٠ ص٧١، عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٣٥ ص٧٥. وفى ذلك تنص المادة ٣/١٧٠ موجبات وعقود لبنانى على أن «عقد الغرر هو الذى يكون فيه شأن أحد الموجبات أو عدة منها أو كيان الموجبات موقوفاً على عارض يحول الشك فى وقوعه دون القيام بتقدير من هذا القبيل (كمقد ضمان أو عقد دخل لمدة الحياة)».

(٢) انظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤١ ص٧٢، ٧٣، توفيق فرج، المرجع السابق ص٤٥. وقد أخذت المادة ٢١٤ موجبات وعقود بهذا الاتجاه الحديث فنصت فى فقرتها الثانية على أنه «يمكن إلى الدرجة المعينة فيما تقدم، إبطال عقود الغرر نفسها بسبب الغبن».

الطرفين الناشئ عن توافر شروط هذه النظرية. أما بالنسبة للعقود الاحتمالية فإنها تفترض بطبيعتها أن يتعرض أحد المتعاقدين للخسارة أو الربح، مهما كانت الخسارة ضخمة أو الربح كبيراً، على النحو الذى سيأتى بيانه بصدد دراسة نظرية الظروف الطارئة.

المطلب الرابع: العقود الفورية والعقود الزمنية

تنقسم العقود بحسب ما إذا كان للزمن دخل فى تحديد مدى ما يؤدى من الالتزامات الناشئة عنها أم لا، إلى عقود فورية وعقود زمنية. وندرس على التوالى أساس هذا التقسيم، ثم بعد ذلك نعرض لأهمية هذا التقسيم.

أولاً: أساس التقسيم

معيار التفرقة بين العقود الزمنية والعقود الفورية يرتكز أساساً على مدى جوهرية عنصر الزمن فيها أى مدى تدخل الزمن فيها لقياس مقدار الأداء فى أى من الالتزامات الناشئة عنها.

وعلى ذلك فالعقد الفورى، هو العقد الذى لا يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه، أى العقد الذى لا يتدخل الزمن فيه لقياس مقدار الأداء فى أى من الالتزامات الناشئة عنه[1]. فالعقد الفورى هو العقد الذى يكون تنفيذه فورياً ولو تراخى التنفيذ إلى أجل أو آجال متعاقبة.

فالبيع الذى يسلّم فيه الشئ المبيع فى الحال بثمن يدفع فوراً، هو عقد فورى ينعدم فيه عنصر الزمن. بل وإن البيع بثمن مؤجل لا يزيل عن العقد الطبيعة الفورية وذلك راجع إلى أن تدخل عنصر الزمن فيه يعتبر عرضياً لا يوثر فى تحديد الثمن، وإنما هو مجرد موعد يتحدد به زمن التنفيذ كما يبقى البيع فورياً إذا كان بثمن مجزأ على أقساط متعاقبة. إذ إن دفع الثمن على أقساط، هو مجرد تأجيل لأدائه إلى آجال متعاقبة. والآجال هنا عناصر عرضية لا تؤثر على تحديد مقدار الثمن[2].

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٢ ص٧٣.

(٢) شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، فقرة ١٨٢ ص٢٩٢.

أما العقد الزمنى فهو العقد الذى يكون الزمن فيه عنصراً جوهرياً، أى العقد الذى يتدخل الزمن فيه لقياس الأداء فى أى من الالتزامات الناشئة عنه. فعقد الإيجار عقد زمنى لأنه يرد على المنفعة، والزمن هو الذى يحدد مقدار المنفعة المعقود عليها، وبالتالى ما يقابل ذلك من أجرة. وبالمثل عقد العمل. فالعقد الزمنى هو العقد الذى يندمج فيه الزمن ويكون عنصراً جوهرياً فيه، بحيث لا يتصور قيام العقد منفصلاً عن الزمن، ويكون هو المعيار الذى يقدر به محل العقد[1].

والعقود الزمنية: تنقسم بدورها إلى عقود مستمرة وعقود دورية. والعقود المستمرة هى العقود الزمنية ذات التنفيذ المستمر والممتد فى الزمن، ولذلك تسمى عقوداً زمنية بطبيعتها. ومثالها عقدا لإيجار وعقد العمل. والعقود الدورية هى العقود الزمنية ذات التنفيذ الدورى، أى التى يتكرر فيها الأداء على نطاق زمنى محدد لسد حاجات متكررة وذلك وفقاً لاتفاق المتعاقدين. ومثالها عقد التوريد وعقد الإيراد المرتب مدى الحياة. وواضح من هذه التفرقة أن محل التعاقد فى العقود الدورية قد اقترن بالزمن وفقاً لإرادة المتعاقدين، بينما فى العقود المستمرة نجد أن الزمن عنصر أصيل فى طبيعتها. كما تنقسم العقود الزمنية إلى عقود محددة المدة وعقود غير محددة المدة. وتظهر أهمية هذا التقسيم من ناحيتين، الأولى، وهى أن القاعدة فى العقود غير المحددة المدة أنه يجوز لكل من الطرفين انهاء العقد بارادته المنفردة وذلك منعا لتأبيد العلاقات التعاقدية، الثانية، وهى أن تجديد العقد لا يتصور الا بالنسبة للعقود الزمنية المحددة المدة[2].

ثانياً: أهمية التقسيم:

سبق أن رأينا أن العقد الفورى ينفصل عن الزمن فلا يقاس به محل التعاقد ولا يتأثر به. أما العقد الزمنى فيقترن بالزمن بحيث يكون فيه الزمن هو المقياس الذى يقدر به محل العقد. ويترتب على ذلك نتائج قانونية هامة نجملها فيما يلى:

١- من حيث الفسخ والبطلان: تتبدى أهمية التفرقة عند تطبيق أحكام

---

(١) شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، فقرة ١٨٢، ص٢٩٣.

(٢) انظر م١/٥٩٩ مدنى والخاصة بتجديد عقد الايجار.

الفسخ. فنجد أن فسخ العقد الزمنى لإخلال أحد الطرفين بالتزامه لا يكون له أثر رجعى، وذلك راجع إلى أن ما تم تنفيذه من أداءات قد تم وفقاً لعقد صحيح وبالتالى فإن الفسخ كجزاء لعدم التنفيذ اللاحق للأداءات لا يؤثر فيما تم تنفيذه من هذه الأداءات[1]. وكذلك الأمر بالنسبة للبطلان.

٢- من حيث تطبيق نظرية الظروف الطارئة: العقد الزمنى لا يتصور وجوده إلا مقترناً بالزمن، وبالتالى فإنه بقدر ما يمتد يكون عرضة لتغير الظروف. ولذلك فإن هذه العقود كانت المجال المختار والطبيعى لتطبيق نظرية الظروف الطارئة. أما العقد الفورى فلا يتصور انطباق هذه النظرية عليه إلا إذا كان متراخياً فى التنفيذ، كما سوف نرى تفصيلاً عند دراستنا لنظرية الظروف الطارئة.

٣- من حيث أثر وقف التنفيذ: إذا أدت قوة قاهرة إلى وقف تنفيذ التزام البائع بتسليم المبيع مؤقتاً، ثم استأنفت هذا العقد سيرته الأولى بعد زوال سبب الوقف، فإنه يجب تنفيذ الالتزام كما كان قبل الوقف، وبالتالى ليس هناك أى أثر للوقف على مقدار الأداء. أما إذا أدت القوة القاهرة، فى عقد إيجار محدد المدة بسنة، إلى وقف تنفيذ المؤجر لالتزامه بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين لمدة ثلاثة أشهر، ثم زال سبب الوقف واستأنف العقد تنفيذه، فإنه سيترتب على هذا الوقف فى التنفيذ إلى انتقاص المعقود عليه وهو الانتفاع بالعين المؤجرة بنفس قدر مدة الوقف، ثلاثة شهور، وبذلك تصبح مدة العقد تسعة أشهر بدلاً من سنة.

---

(١) قارن إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٣ ص٧٥، وانظر فى تعليل الفقه السائد الذى يرى أن الفسخ فى العقود الزمنية لا يمكن أن يكون له أثر رجعى لأن ما نفذ من الالتزامات المترتبة على هذه العقود لا يمكن إعادته لارتباطه بالزمن الذى لا يمكن إرجاعه. انظر السنهورى، الوسيط، جزء ١، فقرة ٦٦ ص١٨٠ عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٣٤ ص٧٥، شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، فقرة ١٨٢ ص٢٩٣، أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٣٣ ص٣٥، جلال العدوى، أصول المعاملات ص١٠٢.

الباب الثانى
تكوين العقد

فى هذا الباب ندرس أركان العقد وشروط صحته، ثم بعد ذلك نعرض لجزاء تخلف أحد هذه الأركان أو تلك الشروط، وهو ما يسمى بنظرية البطلان

الفصل الأول
أركان العقد وشروط صحته

ركن العقد هو ما لا يقوم العقد بدونه. وقوام العقد وجوهره هو الإرادة. والإرادة ما هى إلا تراضى المتعاقدين. لكن إذا كان التراضى هو قوام العقد وجوهره، إلا أن لهذا التراضى موضوعاً أو محلاً يرد عليه، وله سبب يدفع إليه، أى غاية معينة يراد تحقيقها بإبرام العقد وإنشاء الالتزامات(1). وعلى ذلك فإن أركان العقد ثلاثة: التراضى، المحل، السبب. وسوف ندرس هذه الأركان الثلاثة على التوالى.

وإذا كان بوجود التراضى، وبتوافر الشروط التى يوجبها القانون فى المحل والسبب، ينعقد العقد، إلا أن ذلك وحده لا يكفى لاستقرار العقد، بل يجب علاوة على ذلك أن يكون رضى كل من العاقدين رضى صحيحا، أى يجب أن يتوافر للعقد شرائط صحته، وهذا ما سوف نراه عند دراسة التراضى(2).

المبحث الأول: الرضى

بصدد دراستنا للرضى يجب التفرقة بين القواعد الخاصة بوجوده وتلك الخاصة بشروط صحته. فالتراضى يعنى وجود إرادة يعتد بها القانون، ثم التعبير عن هذه الإرادة، ثم تلاقى إرادتين وتطابقهما وبذلك، مع توافر الشروط التى نص عليها القانون فى المحل والسبب، ينعقد العقد. على أن وجود الإرادة وحده لا يكفى لاستقرار العقد، بمعنى أن لا يكون هناك سبب إلى إبطاله، وإنما يلزم علاوة على

(1) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٢ ص٧٧.

(2) تنص المادة ١٧٧ موجبات وعقود على أنه «لا مندوحة: ١- عن وجود الرضى فعلاً. ٢- عن شموله لموضوع أو لعدة مواضيع. ٣- عن وجود سبب يحمل عليه ٤- عن خلوه من بعض العيوب. ٥- عن ثبوته فى بعض الأحوال، بشكل معين.

ذلك أن يكون التراضى صحيحاً، بأن تكون الإرادة قد صدرت عن ذى أهلية وخالية من العيوب. ولهذا فإن دراسة التراضى تنقسم إلى مطلبين: الأول: فى وجود التراضى. والثانى: فى صحة الرضى.

المطلب الأول: وجود الرضى

وفى هذا المطلب نبحث كيف يوجد الرضى باعتباره جوهر العقد؟[1] فيجب لوجود التراضى أن يعبر شخص عن إرادته فى إحداث أثر قانونى معيّن فى العلاقة بينه وبين شخص آخر، وأن تتلاقى هذه الإرادة مع إرادة مطابقة لها، أى متجهة إلى إحداث الأثر نفسه وصادرة ممن وجهت إليه الإرادة الأولى، بحيث يتحقق التطابق بين الإرادتين.

وعلى ضوء ذلك نستطيع أن نحلل هذه العملية إلى عناصرها الأولية، فندرس فى فرع أول كيف يتم التراضى، ففى مرحلة أولى ندرس وجود الإرادة والتعبير عنها، ثم فى مرحلة ثانية ندرس تطابق الإرادتين، الإيجاب والقبول، وفى مرحلة ثالثة وأخيرة ندرس اقتران الإيجاب والقبول لنحدد زمان ومكان انعقاد العقد سواء فى التعاقد بين حاضرين أو فى التعاقد بين غائبين. وإذا كانت هذه هى الصورة العادية المألوفة فى جميع صور التراضى، إلا أن هناك صوراً أخرى للتراضى تحكمها قواعد خاصة، وسوف ندرس هذه الصور الخاصة فى فرع ثانٍ فندرس التعاقد بطريقة المزايدة أو المناقصة والوعد بالتعاقد، والتعاقد بالعربون، والنيابة فى التعاقد.

الفرع الأول: كيف يتم التراضى بوجه عام

العقد هو تلاقى إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانونى معين[2] وعلى ذلك

---

(١) تنص المادة ١٧٦ موجبات وعقود لبنانى على «أن رضى المتعاقدين هو الصلب والركن لكل عقد بل لكل اتفاق على وجه أعم».

(٢) تنص المادة ١/١٧٨ موجبات وعقود لبنانى على أن الرضى فى العقود هو اجتماع مشيئتين أو أكثر وتوافقهما على إنشاء علاقات الزامية بين المتعاقدين وهو يتألف من عنصرين: ١ - العرض أو الإيجاب.=

يجب أن نتتبع خطوات انعقاد العقد منذ لحظاتها الأولى وحتى أن نصل إلى مرحلة تلاقى الإرادتين. فندرس أولاً وجود الإرادة والتعبير عنها، وثانياً: تطابق الإرادتين، الإيجاب والقبول، وثالثاً: اقتران الإيجاب والقبول، لنحدد زمان ومكان العقد، سواء فى التعاقد بين حاضرين أو فى التعاقد بين غائبين.

أولاً: وجود الإرادة والتعبير عنها

لكى ينعقد العقد يجب أن يوجد لدى الشخص إرادة ذاتية يعتّد بها القانون: ولكن وجود إرادة ذاتية يعتد بها القانون وحده لا يكفى وإنما يلزم أن يتم التعبير عنها. ثم بعد ذلك يثور التساؤل عن دور الإرادة والتعبير عنها فى تكوين العقد، نظرية الإرادة الباطنة ونظرية الإرادة الظاهرة.

١ - وجود الإرادة

والمقصود بوجود الإرادة، سواء كانت إيجاباً وقبولاً هو صدورها من شخص لديه إرادة ذاتية يعتدّ بها القانون، بنية إحداث أثر قانونى معيّن[1].

وعلى ذلك وجود الإرادة يتعلق بمسألتين: الأولى: صدورها من شخص لديه إرادة ذاتية يعتّد بها القانون. والثانية: اتجاه هذه الإرادة إلى إحداث أثر قانونى معيّن.

فبالنسبة للمسألة الأولى، إذا انعدمت الإرادة أصلاً لدى الشخص فإن الإرادة لا وجود ولا قيمة لها. ويتحقق ذلك فى من يفقد وعيه نتيجة سكر أو أى مرض آخر، أو أن يكون خاضعاً للتنويم المغناطيسى أو لإكراه مادى معدم للإرادة. ومن ناحية أخرى فإنه قد تتوافر لدى الشخص إرادة ذاتية ولكن لا يعتّد بها القانون. والقانون لا يعتّد إلا بإرادة الشخص المميز. وبالتالى فلا ينعقد العقد مع فاقد التمييز كالطفل غير المميز والمجنون.

أما بالنسبة للمسألة الثانية، يمكن القول أنه لا يكفى وجود إرادة يعتد بها

= ٢- القبول. وتنص المادة ١٦٥ موجبات وعقود لبنانى على أن الاتفاق هو كل التئام بين مشيئة وأخرى لانتاج مفاعيل قانونية، وإذا كان يرمى إلى إنشاء علاقات الزامية سمى عقداً».

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٧ ص٧٩، توفيق فرج، المرجع السابق ص٥٦.

القانون وإنما يلزم علاوة على ذلك أن تتجة الإرادة إلى إحداث أثر قانونى معيّن. فإذا وجدت إرادة يعتد بها القانون ولكنها لم تتجه إلى إحداث أثر قانونى معيّن، فإنه لا يكون هناك إرادة يمكن أن ينبى عليها العقد. ومثال ذلك المجاملات الاجتماعية، وإرادة الهازل. والحكم نفسه بالنسبة لمن يعلق التزامه على محض مشيئته، كأن يقول «أبيعك هذا الشئ إذا أردت» فهذا لا يصلح أن يكون إرادة منشئة للالتزام وبالتالى لا ينعقد العقد حتى ولو صدر قبول من الطرف الآخر.

ونخلص مما سبق أنه يجب لكى يتم العقد أن تكون هناك إرادة يعتد بها القانون من حيث إمكان إنشاء عقد معيّن، ويجب أن تكون هناك إرادة جدية تهدف إلى إنشاء حقوق والتزامات.

٢- التعبير عن الإرادة

كما سبق القول أن وجود الإرادة وحده لا يكفى، حيث إن الإرادة فى ذاتها أمر كامن فى النفس، وبالتالى لا يمكن الوقوف عليها إلا إذا اتخذت مظهراً اجتماعياً، أى من وقت ظهورها إلى العالم الخارجى، ويكون ذلك عندما يتم التعبير عنها.

والتعبير عن الإرادة قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً، كما أن السكوت قد يصلح لأن يكون قبولاً فى بعض الأحوال، ولذا يجب الوقوف على ذلك تفصيلاً. ويبقى بعد ذلك التساؤل الهام وهو متى يتحقق للتعبير عن الإرادة وجوده القانونى؟ حيث إنه قد يكون للتعبير عن الإرادة وجود فعلى دون أن يكون له وجود قانونى.

أ- صور التعبير عن الإرادة:

الأصل أن التعبير عن الإرادة لا يخضع لشكل معيّن ولا يشترط فيه مظهر خاص أو وسيلة خاصة، حيث أن المبدأ الذى يهيمن على العقود هو مبدأ الرضائية.

على ذلك فالتعبير عن الإرادة إيجاباً كان أو قبولاً، قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً[1]، بل قد يستخلص التعبير، باعتباره قبولاً، فى بعض الحالات من السكوت، فلنعرض لذلك تفصيلاً.

---

(١) انظر م- ٢/٩ مدنى مصرى، م١/١٧٩، ١/١٨٠ موجبات وعقود لبنانى.

١ – التعبير الصريح: وهو الذى يكشف عن الإرادة بصورة مباشرة، وذلك باتخاذ وسيلة موضوعة فى ذاتها للكشف عن الإرادة بحسب المألوف والمتبع بين الناس وهذا يعنى خروج الإرادة القانونية إلى عالم الوجود بالأسلوب المتعارف عليه[١]. وعلى ذلك فيكون التعبير صريحاً باستعمال اللفظ أو الكتابة، أو الإشارة المتداولة عرفاً، أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً فى دلالته على حقيقة المقصود.

فيكون التعبير الصريح باللفظ أو بالكلام المعبر عن المعنى المراد. سواء كان هذا الكلام مباشرا أو بواسطة التليفون أو عن طريق إيفاد رسول ناقل للإرادة. كما يصح التعبير عن الإرادة بأية لغة ما دامت مفهومة للطرف الآخر.

وقد يكون التعبير الصريح بالكتابة أياً كان شكلها باليد، بالآلة الكاتبة، أو مطبوعة، وأياً كان نوعها رسمية أو عرفية موقعة أو غير موقعة[٢].

وقد يكون التعبير الصريح عن الإرادة بالإشارة المتداولة عرفاً، كهز الرأس عمودياً للتعبير عن الموافقة وهزها أفقياً للتعبير عن الرفض.

كما أن التعبير الصريح عن الإرادة قد يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً فى دلالته على حقيقة المقصود، كوقوف سيارات الأجرة فى الأماكن المخصصة لها. وكذلك عرض البضائع بأسعارها على واجهة المحل التجارى.

٢– التعبير الضمنى: هو الذى يكشف عن الإرادة بطريقة غير مباشرة، وذلك أن التعبير عن الإرادة لم يأخذ وسيلة موضوعة فى ذاتها للكشف عنها، ولكن يستفاد هذا التعبير من ظروف أو مواقف يوجد فيها الشخص فيرجح معها إن إرادته قد انصرفت إلى معنى معيّن[٣]. مثال ذلك أن يقوم شخص ببيع شئ معروض عليه

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٠ ص٨١، شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، فقرة ١٨٧ ص٣٠، توفيق فرج، المرجع السابق ٥٩.

(٢) لكن يجب أن نلاحظ أن قواعد الإثبات قد تستلزم الكتابة، كما أن الورقة المكتوبة لا تعد دليلاً كتابياً كاملاً إلا إذا كانت موقعة ممن نسبت إليه.

(٣) انظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٠ ص٨١. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، ١٩٧٤، فقرة ٦٩، ص٩٤.

للشراء، فهذا يدل على أن المشترى قبل البيع. وبقاء المستأجر بعد انتهاء الإيجار منتفعاً بالعين المؤجرة، وقبول المؤجر الأجرة دون اعتراض، فهذا يعد إيجاباً ضمنياً من المستأجر بتجديد الإيجار وقبولاً ضمنياً من المؤجر. (م٥٩٩ مدنى مصرى). وكذلك مبادرة الوكيل بتنفيذ وكالة لم يقبلها صراحة يفيد القبول الضمنى لها، ومبادرة تاجر الجملة بإرسال البضاعة التى قد طلبها منه تاجر التجزئة. فتنفيذ العقد يفيد القبول الضمنى[1].

والأصل أن للتعبير الضمنى القيمة نفسها القانونية التى للتعبير الصريح، وبالتالى للأفراد حرية التعبير عن إرادتهم بالطريقة التى تروق لهم. على أن القانون قد يستلزم فى بعض الأحيان أن يكون التعبير عن الإرادة صريحاً[2]. كما أنه فى أحيان أخرى لا يشترط التعبير الصريح ولكنه يتطلب التشدد والحيطة فى استخلاص التعبير الضمنى[3].

---

(١) وهذا ما كان ينص عليه المشروع التمهيدى للقانون المدنى حيث إن المادة ١٤٣ منه كانت تنص على أنه «إذا تبين من إرادة الموجب أو من طبيعة المعاملة أن تنفيذ العقد يقوم مقام القبول فإن العقد يعتبر قد تم فى الزمان والمكان اللذين بدأ فيهما التنفيذ. ويجب فى هذه الحالة المبادرة بإخطار الطرف الآخر ببدء التنفيذ» مجموعة الاعمال التحضيرية، جـ٢، ص٥٦ هامش ١.

هذا النص حذف فى المشروع النهائى، حذفته لجنة المراجعة لأنه من التفصيلات التى لا ضرورة لها» مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ٢، ص٥٧.

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى «... يراعى أن الأخطار ببدء التنفيذ، ليس إلا إبلاغاً للقبول الضمنى الذى صدر منذ أن حدث البدء فى التنفيذ، فهذا الحادث، هو الذى يحدد الزمان والمكان اللذين يتم العقد فيهما دون حاجة إلى إنتظار علم الموجب بذلك، وقد إستثنيت هذه الحالة كما إستثنيت حالة السكوت عن حكم القاعدة التى تقضى بأن التعاقد ما بين الغائبين يعتبر تاما فى فى الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول» مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى، جـ٢، ص٥٦، ص٥٧ الهامش.

(٢) انظر على سبيل المثال المادة ٥٩٧ من القانون المدنى المصرى والتى تنص على أنه «لا تبرأ ذمة المستأجر نحو المؤجر إلا إذا صدر من المؤجر قبول صريح بالتنازل عن الايجار أو بالايجار من الباطن (انظر م٥٨٦ موجبات وعقود لبنانى)، وكذلك المادة ٢/٨٤٤ مدنى مصرى والتى تشترط الاتفاق الصريح للإعفاء من الضمان فى عقد القسمة.

(٣) أمثال ذلك ما نصت عليه المادة ١/٣٥٤ مدنى مصرى، م٢/٣٢٠ موجبات وعقود لبنانى، من أن تجديد الالتزام لا يفترض بل يجب أن يستفاد من العقد بوضوح clairement. فى النص اللبنانى العربى قد ترجم clairement بلفظ «صراحة» وهذه ترجمة خاطئة، لأن ذلك يؤدى إلى استبعاد=

وكما يجوز اشتراط التعبير الصريح بنص خاص، فإنه يجوز اتفاق الأفراد على ذلك، وعندئذ يلزم احترام هذا الاتفاق، ولا يعتّد بالتعبير الضمنى عن الإرادة.

كما أن القانون قد يوجب فى بعض الأحوال أن يكون التعبير عن الإرادة مفرغاً فى شكل خاص، وهذا هو الحال فى العقود الشكلية، فلا يكفى التعبير الضمنى بداهة لانعقادها.

٣- مدى اعتبار السكوت تعبيراً عن الإرادة(١): قد يثور التساؤل حول مدى صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة، وهذا الأمر يستلزم منا الوقوف أولاً على طبيعة السكوت لمعرفة مدى هذه الصلاحية. فالسكوت فى أصله هو السكون والإمساك والصمت وعدم الكلام. وعلى ذلك فالسكوت عدم لا يفيد شيئاً. ولذلك فإن السكوت لا يصلح، كأصل عام، للتعبير عن الإرادة. لكن مع ذلك نجد له فى بعض الأحيان دوراً فى تكوين بعض التصرفات القانونية. فما هو هذا الدور؟

ولما كان العقد عبارة عن تلاقى إرادتين متطابقتين، وهاتين الارادتين هما الإيجاب والقبول، لذلك يجب أن نعرض لمدى صلاحية السكوت فى أن يكون تعبيراً عن أى منهما.

* يجب علينا أن نبادر بالقول بأن السكوت لا يصلح بأى حال أن يكون تعبيراً عن الإيجاب. وذلك لأن الإيجاب يتضمن دائماً وأبداً عرضاً موجهاً من شخص إلى آخر، فهذا العرض لا يمكن أن يتصور إلا إذا تم التعبير عنه صراحة أو ضمناً، أى بطريقة إيجابية.

* **أما بالنسبة للقبول فإنه يثور بصدده بحث مدى اعتبار سكوت من وجه إليه الإيجاب قبولاً؟**

- الأصل هو أن السكوت فى حد ذاته لا يفيد شيئاً، وبالتالى لا يتضمن أى

= التعبير الضمنى تماماً، بينما الترجمة الدقيقة بلفظ «بوضوح» تسمح بالتعبير الضمنى مع وجوب الحيطة والتشدد فى ذلك.

(١) انظر فى دراسة تفصيلية فى القانون الفرنسى

F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, op. cit, no 118 p. 122 et s.

دلالة على القبول. فطبقاً للقاعدة الفقهية« لا ينسب لساكت قول» والسبب فى ذلك واضح هو أنه لا يمكن اعتبار امتناع الشخص عن إبداء رأيه صراحة أو دلالة رضاً منه وإلا نكون قد وضعنا على عاتق كل شخص يوجه إليه إيجاب التزاماً بالإفصاح عن إرادته، إما بالقبول أو بالرفض، وإلا اعتبر سكوته قبولاً. وواضح أنه لا يمكن التسليم بهذا الأمر حيث إنه فيه عنتاً واضحاً وتقييداً للحرية الشخصية ليس له من مقتضى. كما أن لو أخذنا بمبدأ اعتبار السكوت قبولاً لجعلنا كثيراً من الناس يرتبطون بعقود لا يرتضون بها لمجرد أنهم لم يجدوا ما يقتضى أن يكلفوا أنفسهم عناء رفضها وذلك خلافاً لمبدأ الرضائية الذى هو قوام العقد. فالسكوت إن دل على شئ فإنما يدل على الرفض، لا على القبول. وعلى ذلك فإذا أرسل تاجر لشخص، دون سابق اتفاق، عيّنة من بضاعة يعرض عليه شراءها، وذكر له أن عدم رد العينّة فى مدة معينة يدل على القبول فإن السكوت على الرد فى هذه الحالة لا يدل على القبول. ومن قبيل هذا أيضاً إذا أرسل ناشر العدد الأول من صحيفة دورية إلى شخص وذكر له أن عدم رد الصحيفة يعتبر قبولاً للاشتراك، فإن السكوت على الرد فى هذه الحالة لا يفيد أيضاً القبول.

- لكن إذا كان الأصل أن السكوت المجرد ليس له أى دلالة على القبول إلا أنه ليس هناك ما يمنع، بطبيعة الحال، أن يخرج نص القانون أو الاتفاق عن هذا الأصل ويعطى لهذا السكوت دلالة القبول. فمن هذا ما نصت عليه المادة ٢/٣٢٢ مدنى مصرى والتي تنص على أنه «إذا اتفق البائع والمشترى على حوالة الدين، وسجل عقد البيع، تعيّن على الدائن (الدائن المرتهن رهنا رسميا) متى أعلن رسميا بالحوالة أن يقرها أو يرفضها فى ميعاد يجاوز ستة أشهر، فإذا انقضى هذا الميعاد دون أن يبت برأى اعتبر سكوته إقراراً»[1]. وكذلك المادة ٤٢١ مدنى مصرى تنص على أنه «فى بيع بشرط التجربة يجوز للمشترى أن يقبل المبيع أو يرفضه، وعلى البائع أن يمكنه من التجربة. فإذا رفض المشترى المبيع وجب أن يعلن الرفض فى المدة المتفق عليها، فإن لم يكن هناك اتفاق

(١) وعلى العكس، هناك نصوص تقضى صراحة باعتبار السكوت رفضاً، فمثلاً نجد أن المادة ٣١٦ مدنى مصرى تنص على أنه: «.. إذا قام المحال عليه أو المدين الأصلى بإعلان الحوالة إلى الدائن وعيّن له أجلا معقولاً ليقرّ الحوالة. ثم أنقضى الأجل دون أن يصدر الإقرار اعتبر سكوت الدائن رفضاً للحوالة»

على المدة ففى مدة معقولة يعينّها البائع، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشترى مع تمكّنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولاً».

كما أنه إذا اتفق الطرفان على اعتبار السكوت رضى، فإنه يجب إعمال هذا الاتفاق فى خصوص ما ورد فيه. مثل ذلك أن يتفق فى عقد إيجار أو عقد عمل محدد المدة على أن يتجدد العقد ما لم يخطر أحد الطرفين الآخر بعدم رغبته فى التجديد مقدماً خلال مدة معينّة، شهرين أو ثلاثة، قبل انتهاء المدة المتفق عليها. ففى هذه الحالة يعتبر السكوت عن الإخطار رضاءً بتجديد العقد، وذلك بمقتضى ما اتفق عليه الطرفان.

– وفى غير هذه الحالات يبقى الأصل على حاله، فى أن السكوت المجرد لا يتضمن أى دلالة على القبول. لكن إذا كان هذا السكوت ملابساً فإنه يمكن أن يعتبر استثناء قبولاً فى بعض الحالات. والسكوت الملابس هو السكوت الذى تلابسه ظروف معيّنة تجعله يفيد دلالة القبول. فقد تحيط بالسكوت ظروف لا يتوقع بسببها أن يصل حتماً إلى الموجب رد صريح إذا ما قرر الموجب له القبول، وإنما يكون توقع الرد فى حالة الرفض: فإذا لم يرفض الإيجاب فى وقت مناسب، اعتبر السكوت قبولاً[1]. والأصل أن تقدير الظروف الملابسة للسكوت وما تحمله من دلالة على القبول يعتبر مسألة موضوعية تدخل فى السلطة التقديرية لقاضى الموضوع، ولا رقابة فيها لمحكمة النقض الا أن محكمة الموضوع تلتزم أن تورد الأسباب السائغة التى تقيم قضاءها وألا تدع دفاعا للخصوم قد يتغير به وجه الرأى فى هذا التقدير دون أن تجيب عليه بأسباب خاصة[2]. ومع ذلك فإن التشريعات العربية قد جاءت بعدة ضوابط مرنة تهيئ للقاضى أداة عملية للتوجيه[3]، ونجمل القول فيها على النحو الآتى:

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥١ ص٨٤.

(٢) انظر نقض ١٩٨٤/٦/٢١ مجموعة أحكام النقض س٣٥ ص١٧٠٦.

(٣) انظر نص المادة ٩٨ من التقنين المصرى، ونص المادة ٩٩ من التقنين المدنى السورى (مطابق)، ونص المادة ٩٨ مدنى ليبى (مطابق)، ونص المادة ٨١ مدنى عراقى (موافق)، ونص المادة ١٨٠ موجبات لبنانى (موافق). والتى تنص على أنه «يعد عدم الجواب قبولاً حينما يكون العرض مختصاً بتعامل كان موجوداً بين الفريقين» «ويعد سكوت مشترى البضائع بعد استلامها قبولاً للشروط المعينة فى بيان الحساب (الفاتورة)

١- طبيعة المعاملة أو العرف التجارى: أو غير ذلك من الظروف التى تدل على اعتبار السكوت قبولاً. من ذلك مثلاً أن يرسل المصرف بياناً إلى العميل عن حساب لديه ويذكر فيه أن عدم الاعتراض عليه، خلال مدة معينة، يعتبر إقرارا له. أو أن يرسل المحل التجارى البضاعة المطلوبة من العميل، ويضع فى قائمة الحساب شروطاً مطبوعة، مكمّلة للتعاقد، وسكت عنها المشترى دون اعتراض. ولكن يجب التحرز فى مثل هذه الأحوال، ويجب أن تتأيد هذه الدلالة بظروف ملابسه ترجح القبول عن الرفض، كأن يكون قد جريا على ذلك قبل هذا فى علاقتهما السابقة، وخاصة أنه قد يسكت الشخص دون أن يفطن إلى بعض الشروط التى لم يقبلها صراحة.

٢- وجود تعامل سابق بين المتعاقدين: ويعتبر هذا أيضاً السكوت الملابس قبولاً، إذا كان يستفاد من سبق التعامل بين الطرفين، أن أحدهما لا ينتظر من الآخر الإدلاء بتعبير صريح على قبول التعاقد. كالتاجر الذى اعتاد فى موعد دورى معيّن أن يرسل إلى عميله نوعاً معيناً من السلع، واعتاد العميل قبولها دون أن يصرح إيجاباً أو سلباً. أو بالعكس إذا كان العميل اعتاد طلب بضاعة معيّنة من تاجر فيرسلها هذا إليه دون أن يرد مقدماً بالقبول، ثم أرسل العميل طلبه كعادته فسكت التاجر، فإن سكوته إذا ما تجاوز فترة معقولة يعتبر قبولاً، لأن ما بينهما من تعامل سابق كان يوجب على التاجر طبقاً لمقتضيات حسن النية أن يرد بالرفض إن لم تكن عنده نية القبول[1].

٣- إذا كان الإيجاب لمنفعة من وجّه إليه: فالقبول يستفاد فى هذه الحالة من سكوت من وجّه إليه الإيجاب، ومن ذلك مثلاً أن يعرض المؤجر على المستأجر تخفيض الأجرة، أو يعرض التاجر على العميل تخفيض ثمن السلعة، أو كمن يعرض على آخر أن يهبه مالاً من أمواله. وكل ذلك متروك لتقدير القاضى.

وهذه الحالات التى أوردتها التشريعات العربية قد جاءت على سبيل المثال وليس

---

(١) نقض ١٩٨٤/١١/٢٦ مجموعة احكام النقض س٣٥ ص١٩٢٠ حيث قضت المحكمة بأن «المقرر وفقا لنص المادة ٢/٩٨ من القانون المدنى أن مجرد السكوت عن الرد لا يصلح بذاته تعبيراً عن الارادة ولا يعتبر قبولا إلا إذا كان متعلقا بتعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الايجاب بهذا التعامل بأن كان مكملا أو منفذا أو معدلا أو ناسخا له».

على سبيل الحصر. وعلى ذلك فكل سكوت تلازمه ملابسات تدل على الرضاء فهو «سكوت ملابس» ويعتبر قبولاً، كما إذا علم الموكل بمجاوزة الوكيل حدود الوكالة وسكت فإن سكوته يعتبر إقراراً، وكالمالك الحقيقى فى بيع ملك الغير إذا علم بالبيع وسكت دون عذر كان سكوته إقراراً للبيع. فى كل هذا لو كان الساكت أراد أن يعترض لتكلم، ولكنه سكت فى معرض الحاجة إلى الكلام، ويقول فقهاء الشريعة الإسلامية هنا أيضاً: «السكوت فى معرض الحاجة بيان»[1].

وفى نهاية حديثنا عن صور التعبير عن الإرادة يجب أن نشير إلى عدم الخلط بين التعبير الضمنى والسكوت الملابس وذلك للأسباب الآتية:

أولاً: أن للتعبير الضمنى، كقاعدة عامة، القيمة القانونية نفسها التى للتعبير الصريح، وبالتالى للأفراد حرية التعبير عن إرادتهم بالطريقة التى تروق لهم.

ثانياً: أن التعبير الضمنى وضع إيجابى، يستخلص من ظروف إيجابية تدل عليه. أما السكوت فهو عدم، فهو مجرد وضع سلبى[2]، حتى فى حالات السكوت الملابس، فإن السكوت بما يلازمه من ملابسات هو الذى يفيد القبول، لا الظروف الملابسة، أى القبول قد استفاد من وضع سلبى على سبيل الاستثناء.

ثالثاً: وبناءً على ما تقدم، قد يكون التعبير الضمنى بحسب الأحوال إيجاباً أو قبولاً. أما السكوت فمن الممتنع على وجه الإطلاق أن يتضمن إيجاباً، كما أنه لا يصلح، كقاعدة عامة، أن يكون قبولاً. ولا يعتبر السكوت قبولاً إلا فى حالات استثنائية[3].

وعلى ذلك لا تجدى محاولة البعض بتقريب الصلة بينهما على أساس «القول

---

(١) السنهورى، الوسيط، جزء ١ فقرة ١١٣ ص٢٣٩، ٢٤٠.

(٢) انظر السنهورى، الوسيط جزء ١ فقرة ١٢٢ ص١٣٦ وهذا هو المبدأ العام، يقول به الفقه والقضاء فى مصر وغيرها من البلاد، وانظر الموضع نفسه هامش ٣. ومع ذلك يذهب البعض إلى أن السكوت المقترن بظرف من الظروف الملابسة يمكن أن يعتبر بالفعل تعبيراً ضمنياً، انظر محمود المظفر فى مبادئ القانون والالتزامات السابق الاشارة إليه ص١٤٠. أما بالنسبة للأمثلة عن كل من الحالتين نحيل إلى ما سبق أن كتبناه فى هذا الصدد ليبين الفارق الواضح وعدم الخلط الذى يدعيه البعض.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى المصرى، جزء ٢ ص٥٧.

بأنهما يعبران عن فكرة الإمارة أو الدلالة على التعبير لا التعبير نفسه»[1]، لأنه لو صحت هذه المقولة لوجب القول بالصلة نفسها بين التعبير الضمني وصورتين من صور التعبير الصريح، وهما الإشارة المتداولة عرفاً، واتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود، وبذلك تختلط الأمور وتتضارب الأحكام[2].

ب- متى يتحقق للتعبير عن الإرادة وجوده القانونى؟

سبق أن رأينا التراضى هو جوهر العقد ومناطه، كما أن الإرادة هى جوهر التراضى ومناطه. وقد رأينا أيضاً أن وجود الإرادة وحده لا يكفى وإنما يلزم التعبير عنها. وعلينا الآن أن نحدد متى يوجد التعبير عن الإرادة، ومتى ينتج أثره القانونى؟

فالتعبير عن الإرادة يتحقق وجوده الفعلى بمجرد صدوره عن صاحبه، ولكن متى يتحقق للتعبير عن الإرادة وجوده القانونى؟ أى متى ينتج هذا التعبير عن الارادة أثره القانونى؟

(١) القاعدة: «أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجّه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم دليل على عكس ذلك»[3]. مفاد ذلك أن التعبير عن الارادة لا ينتج أثره إذا أثبت من وجه إليه أنه لم يعلم به وقت وصوله، وكان عدم العلم لا يرجع إلى خطأ منه[4].

ويستفاد من ذلك التعبير عن الإرادة فى التعاقد، سواء كان التعبير إيجاباً أو

---

(١) انظر محمود المظفر، المرجع السابق، ص١٤٠.

(٢) ولذلك تستشعر تردد الرأى السابق حين يقول «على أننا حين نقرن السكوت بالتعبير الضمنى ونجانس بينهما لا نقصد من وراء ذلك أن نعطى لهما وصفاً تجسيمياً أو نضفى عليهما مظهراً من مظاهر التعبير الخارجية..» المرجع نفسه ص٤٠.

(٣) انظر نص المادة ٩١ مدنى مصرى ونص المادة ٩١ مدنى ليبى (مطابق) نص المادة ٣٦ مدنى كويتى (موافق) ونص المادة ٨٧ مدنى عراقى (موافق) وهذا الحكم يتفق مع ما يتجه إليه كثير من التشريعات المعاصرة كالقانون الألمانى (م٣٠) والقانون السويسرى (م٩) ومشرع القانون المدنى الفرنسى والإيطالى (م٢/٤) والقانون البرازيلى (م١٠٨).

(٤) نقض ١٩٧٢/١/١٩ مجموعة أحكام النقض س٢٣ ص٦٧، ١٩٩١/٣/١٠ الطعن رقم ١١٨ لسنة ٥٧ق.

قبولاً، لا ينتج أثره إلى حين وصوله إلى علم من وجّه إليه[1].

- **فإذا كان التعبير عن الإرادة إيجاباً:** وهو العرض البات الصادر من شخص ليعبر فيه عن إرادته فى إبرام عقد معيّن، فإنه لا ينتج أثره إلاّ إذا وصل إلى علم من وجّه إليه. فمنذ هذه اللحظة يصبح صالحاً للقبول. فإذا كان من وجّه إليه التعبير موجوداً فى مجلس العقد فإنه يتصل بعمله مباشرة، فإذا صدر منه قبول مطابق انعقد العقد، فإن لم يصدر منه قبول فيجوز للموجب أن يرجع عن إيجابه. أما إذا كان من وجّه إليه الإيجاب موجوداً فى مكان آخر، بحيث لا يوجد بينهما اتصال مباشر، ويكون هناك فاصل زمنى بين الإيجاب والقبول، فإن الإيجاب لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعمله، أى يصل إليه الإيجاب ويعلم به، ولما كان إثبات ذلك صعباً فلذلك أقام القانون قرينة على أن وصول التعبير، الإيجاب، يعتبر قرينة على العلم به، ولكنها ليست قرينة قاطعة إذ تقبل إثبات العكس. ويترتب على ذلك أن الموجب يستطيع أن يرجع عن إيجابه ما دام لم يتصل بعلم من وجّه إليه.

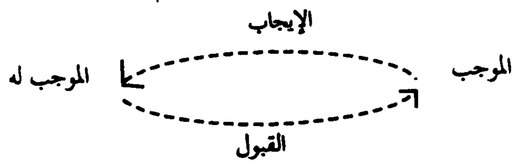
- **إذا كان التعبير عن الإرادة قبولاً:** وهو التعبير عن الإرادة المطابق للإيجاب والصادر عن الشخص الذى تلقى هذا الإيجاب. والقبول لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم الموجب، أى من وجّه إليه، فإذا كان مطابقاً للإيجاب اقترن به وانعقد العقد. ويتوقف سرعة اتصال القبول بعلم الموجب على ما إذا كان موجوداً معه فى مجلس العقد أو ما إذا كان يباعد بينهما المكان، ولا يوجد اتصال مباشر بينهما، أى أن يكون هناك فاصل زمنى بين الإيجاب والقبول. ففى الفرض الأول رأينا أن الإيجاب يتصل مباشرة بعلم الموجب له، فإذا صدر منه قبول مطابق واتصل هو الآخر مباشرة بعلم الموجب انعقد العقد، فإن لم يصدر هذا القبول ورجع الموجب عن إيجابه أو انفض مجلس العقد فإن الإيجاب يسقط. أما فى الفرض الثانى فإن القبول لا يتصل

---

(١) حيث يقال فى هذا الصدد أن كل من الإيجاب والقبول تعبير عن الإرادة «واجب التسلم» - والتعبيرات واجبة التسلم هى تلك التى تستكمل كيانها القانونى إلا باتصالها بعلم شخص آخر توجه إليه. ومثل ذلك أيضاً إنهاء العقد غير المحدد المدة، والإبراء. وعلى العكس من ذلك قد يكون التعبير عن الإرادة غير واجب التسلم، كما فى الوعد بجائزه الموجة للجمهور، والوصية فى هذه الحالة يتم التعبير أثره دون حاجة لاعلانه شخص آخر حتى يستكمل كيانه القانونى، فمجرد صدور التعبير ينعقد التصرف ويلزم صاحبه.

بعلم الموجب إلا إذا وصل إليه وعلم به ولما كان إثبات ذلك صعباً وضعت القرينة على أن وصول القبول قرينة على العلم به ولكنها قرينة غير قاطعة، إذا تقبل إثبات العكس كأن يثبت غيابه أو مرضه مثلاً. ويترتب على ذلك أن القابل يستطيع أن يرجع فى قبوله ما دام هذا القبول لم يتصل بعلم الموجب، كأن يمنع اتصاله بعلم الموجب باستعادته للرسالة التى ضمنها قبوله قبل علم الموجب به، أو تمكن من إعلام الموجب بالرجوع فى القبول قبل علمه بالقبول ذاته[1].

نخلص مما تقدم إلى أنه لكى ينعقد العقد لا بد وأن تغلق حلقة التعاقد بأن يتصل الإيجاب بعلم الموجب له وأن يتصل القبول بعلم الموجب.



(٢) أثر الموت أو فقد الأهلية على التعبير عن الإرادة فى القانون المصرى، القاعدة أن التعبير عن الإرادة ينفصل عن الشخص بمجرد صدوره، إذ يتوافر له وجود فعلى يجعله صالحاً لترتيب أثره عندما يتصل بعلم من وجّه إليه.

وعلى ذلك فالأصل أنه إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من إنتاج أثره، إذا اتصل بعلم من وجه إليه، ما لم يظهر من التعبير ذاته أو من طبيعة التعامل أن العقد لا ينعقد إلا من وجهّ إليه التعبير ذاته.

ولنفهم هذه القاعدة يجب أن نفرق بين ما إذا كان من أصابه الموت أو فقد الأهلية هو الموجب، أى ذاك الذى صدر منه التعبير بالإيجاب، أو هو القابل، أى ذاك الذى صدر منه التعبير بالقبول.

---

(١) فى القانون اللبنانى القبول ينتج أثره، وهو انعقاد العقد، بمجرد صدوره من القابل، حيث أن المشرع اللبنانى يأخذ بنظرية صدور القبول فيما يتعلق بالتعاقد بين غائبين كما سنرى - وعلى ذلك يكون القبول تعبيراً عن الإرادة غير واجب التسلم فى القانون اللبنانى على خلاف القانون المصرى.

- فإذا كان من أصابه الموت أو فقد الأهلية هو الموجب بعد أن صدر منه الإيجاب وقبل أن يصل هذا التعبير عن الإرادة إلى علم من وجهّ إليه، فإن ذلك لا يمنع من أن ينتج هذا التعبير أثره إذا اتصل بعلم الموجب له، وذلك باعتباره إيجاباً. ومع ذلك فإن العقد لا ينعقد حيث أنه إذا صدر قبول مطابق لهذا الإيجاب لا يكفى وإنما يلزم أن يتصل بعلم من وجهّ إليه (الموجب) وحيث إنه قد مات أو فقد أهليته فلا تنعقد عقدة العقد، ويبقى هذا الإيجاب صحيحاً ولكنه عديم الأثر فى انعقاد العقد[1].

- إذا كان من مات أو فقد أهليته هو القابل (الموجب له)، من وجهّ إليه الإيجاب، بعد أن صدر منه القول المطابق فإن هذا التعبير يبقى قائماً وينتج أثره عند اتصاله بعلم الموجب، وبالتالى تنعقد عقدة العقد، هذا ما لم يتبيّن من التعبير ذاته أو من طبيعة التعامل أن شخص القابل محل اعتبار أساسى فى العقد.

٣ '- دور الإرادة والتعبير عنها فى انعقاد العقد:

لتفهم هذا الموضوع يجب أن نعرض لوضع المسألة، ثم نعرض بعد ذلك للحلول النظرية، وأخيراً نحدد موقف التشريعات من هذه الحلول.

أ- وضع المسألة احتمال عدم التطابق بين الإرادة والتعبير عنها:

سبق أن رأينا فى تحليلنا للرضى إلى عناصره الأولية، بأنه يجب أن توجد إرادة يعتد بها القانون وتتجه إلى إحداث أثر قانونى معيّن، ولكن وجود الإرادة بهذه الكيفية لا يكفى لإبرام العقد إذ يجب أن تتحول الإرادة من ظاهرة نفسية إلى ظاهرة اجتماعية، أى يجب أن تخرج من مكنون النفس إلى العالم الخارجى. ووجدنا أن الوسيلة إلى ذلك هو التعبير عن هذه الإرادة، سواء كان هذا التعبير صريحاً أو ضمنياً

(١) السنهورى،. الوسيط جـ١، فقرة ٨٢ ص١٨٨ فى الهامش، حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام، الطبعة الثانية، فقرة ٨٤. ويذهب الأستاذ الدكتور سليمان مرقس إلى عكس ذلك حيث يرى أن الإيجاب يبقى وينتج أثره إذا وصل إلى علم من وجه إليه، فإذا قبل هذا الأخير انعقد العقد لأن ورثة الموجب أو من يمثله يحلون محله فى العلم بالقبول، نظرية العقدة، فقرة ٨١، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٧٨، ص١٠٦.

أو سكوتاً فى الحدود السابق بيانها. والآن يجب معرفة دور كل من الإرادة والتعبير عنها فى تكوين العقد.

فى الحقيقة ليس هناك أدنى صعوبة إذا جاء التعبير عن الإرادة مطابقاً للإرادة ذاتها. وإنما يدق الأمر إذا كان التعبير عن الإرادة غير مطابق للإرادة ذاتها. وعندئذ يثور البحث حول معرفة ما إذا كان مبنى العقد هو التعبير عن الإرادة أم مبناه هو الإرادة ذاتها، بحيث يكون التعبير عنها ليس إلا وسيلة للكشف عنها وتنحصر قيمته فى ذلك.

ولنضرب أمثلة لنوضح هذه المسألة. فاختلاف الإرادة الحقيقية عن التعبير عنها قد يكون نتيجة خطأ، وقد يكون عمداً أو قصداً. ومن أمثلة الخطأ فى التعبير أن يرسل شخص إلى آخر رسالة يعرض فيها عن رغبته فى بيع منزله وإذ به يكتب ثمن المنزل ٥٠,٠٠٠ بدلاً من ٥٠٠,٠٠٠ فيرد على المرسل له بقبوله الشراء بالثمن المكتوب فى الرسالة. أو كأن يرسل شخص تلكساً إلى فندق لحجز غرفة فى شهر يوليه فيبلغ صاحب الفندق خطأ بأن الحجز له يتم فى شهر يونية، فهل ينعقد عقد البيع فى الحالة الأولى وعقد الفندق فى الحالة الثانية ويلزم أطرافها على أساس التعبير عن إرادتهما أم أنهما لم ينعقدا على أساس الإرادة الحقيقية التى أخطأ التعبير فى إظهارها. وإذا كان الاختلاف بين الإرادة الحقيقية والتعبير عنها فى هذه الأمثلة راجعاً إلى خطأ غير عمد إلا أنه من المتصور أن يكون هذا الاختلاف ناشئاً عن قصد، وهو ما يعرف بالتحفظ الذهنى، بأن يبدى الشخص رضاءه بالعقد على نحو محدد بينما هو يضمر قيداً أو تحفظاً على رضائه هذا. وفى مثل هذه الحالة هل يؤخذ بالتعبير عن الإرادة وبالتالى لا يعتدّ بالتحفظ أو القيد المضمر، أما أنه يجب الاعتداد به – إذا أمكن إثباته – لأنه جزء من الإرادة الحقيقية ولذلك نجد أن هذه المسألة يتنازعها نظريتان، وهذا ما سوف نراه الآن.

ب– الحلول النظرية: نظرية الإرادة الباطنة ونظرية الإرادة الظاهرة:

وسنعرض هنا لمضمون كل من النظريتين وأساسهما وكذلك ما يؤخذ عليهما.

– **نظرية الإرادة الباطنة:** ومضمون نظرية الإرادة الباطنة يقوم على أن العقد

قوامه الإرادة، ولذلك يجب الاعتداد بالإرادة الحقيقية لأنها وحدها هى التى تلزم الشخص. أما التعبير عن هذه الإرادة فليس إلا مجرد دليل على وجود الإرادة الحقيقية فى العالم الخارجي. فإذا ما ثبت اختلافه عن هذه الإرادة فقد قيمته باعتباره دليلاً عنها وسقط ولن يبقى إلا الاعتداد بالإرادة الحقيقية وحدها.

وبناءً على ما تقدم فإنه يجب على القاضى عندما يفحص تكوين العقد أن ينفذ إلى الإرادة الحقيقية للمتعاقدين ولا يقنع بالمظهر الخارجي المتمثل فى التعبير عنها. كما أنه يجب عليه عندما يفسر العقد أن يعتد بالإرادة الحقيقية وقت نشأة العقد بغض النظر عمّا طرأ بعد ذلك من ظروف ينفذ العقد فى ظلها، فإذا استعصى على القاضى استخلاص الإرادة الحقيقية فإنه يستند فى تفيسر العقد إلى إرادة المتعاقدين المفترضة، كما أن العقد، من حيث نشأته، يجب أن يتأسس على إرادة سليمة خالية من العيوب.

وتقوم هذه النظرية على أساس أن العقد يستمد قوته الملزمة من سلطان الإرادة، وعلى ذلك فإنه من المنطقى الاعتداد بالإرادة الكامنة فى نفس كل من الطرفين لا بالارادة الظاهرة المتمثلة فى التعبير عن هذه الإرادة.

وأهم ما يؤخذ على هذه النظرية أنها تؤدى إلى عدم استقرار المعاملات، حيث يكفى للمتعاقد أن يثبت أن إرادته الحقيقية تختلف عن التعبير عن هذه الإرادة. كما أن الإرادة الحقيقية التى تقوم عليها هذه النظرية تعتبر أمراً نفسياً كامناً يصعب فى كثير من الأحيان الوقوف عليه، إلا من جانب صاحبها، ولذلك فقد حاول القضاء الفرنسى أن يحد من هذا الأثر الضار لنظرية الإرادة الباطنة، وقد استعان فى سبيل ذلك بوسائل فنية مختلفة. كالالتجاء إلى قواعد المسؤولية التقصيرية فى حالة التحفظ الذهنى[1].

نظرية الإرادة الظاهرة: ومضمون هذه النظرية يقوم على أنه إذا كان قوام العقد هو الإرادة، فإن العبرة فى هذه الحالة بالإرادة الظاهرة فى التعبير، لا بالإرادة الكامنة

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٢ ص٩٢، مصطفى الجمال، المرجع السابق، فقرة ٤٩ ص٥٥

فى النفس، حيث أنها هى الإرادة التى يمكن الوقوف عليها والثقة فيها. وعلى ذلك فإنه لا يجدى إثبات عدم مطابقة التعبير للإرادة الباطنة، حيث إنه متى صدر التعبير من شخص وتم التعاقد على أساسه، فلا يقبل منه بعد ذلك أن يدعى أن هذا التعبير لا يتفق وقصده الحقيقى، لأن المتعاقد الآخر قد اطمأن إلى ما ظهر أمامه من إرادة، ولا يصح الإخلال بهذه الثقة المشروعة وذلك تحقيقاً لاستقرار التعامل(1).

وتقوم هذه النظرية على أساس أن العقد يستمد قوته الملزمة من سلطان القانون على أساس الاعتبارات الاجتماعية والاقتصادية وما تقتضيه من استقرار وثقة. وعلى ذلك فإنه من المنطقى الاعتداد بالإرادة الظاهرة والوقوف على المظهر الخارجى الذى تكتسب به الإرادة حقيقتها الاجتماعية.

ويؤخذ على هذه النظرية أنها تغالى فى الاعتداد بالإرادة الظاهرة وتهمل تماماً الإرادة الحقيقية.

والخلاف بين منطق كل من النظريتين ليس مجرد خلاف نظرى، بل إن له نتائج عملية تترتب على الأخذ بهذه النظرية أو تلك.

فمثلاً فى حالات الخطأ غير العمد فى التعبير عن الإرادة، سنصل إلى حلين متضادين وفقاً لمنطق كل من النظريتين، ففى مثال عقد البيع الذى أخطأ البائع فى كتابة الثمن ٥٠,٠٠٠ بدلاً من ٥٠٠,٠٠٠ ، فإن العقد طبقاً لنظرية الإرادة الظاهرة ينعقد، أما بالنسبة لنظرية الإرادة الباطنة فالعقد لا ينعقد. وكذلك الخطأ الذى وقع فى التلكس فى شهر يونيه بدلاً من شهر يولية، فإن العقد طبقاً لنظرية الإرادة الظاهرة ينعقد ويعتبر عقد الفندق موجوداً وملزماً خلال شهر يونية، أما بالنسبة لنظرية الإرادة الباطنة فإن العقد لا ينعقد خلال شهر يونية. وفى حالة التحفظ الذهنى، فإنه وفقاً لمنطق نظرية الإرادة الظاهرة لا يجوز الاعتداد بهذا التحفظ وإنما يقف عند الإرادة المعلنة. أما بالنسبة لمنطق نظرية الإرادة الباطنة فإنه يجب الاعتداد به – إذا أمكن إثباته – لأنه جزء من الإرادة الحقيقية. وكذلك فيما يتعلق بتحديد زمان ومكان انعقاد العقد إذا تم التعاقد بالمراسلة، إذا أخذنا بنظرية الإرادة الباطنة نجد أن العقد سينعقد فى وقت سابق على الوقت الذى يؤدى إليه منطق نظرية الإرادة الظاهرة. فوفقاً

---

(1) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٢، ٩١.

للنظرية الأولى يعتبر العقد منعقداً بمجرد تطابق إرادتين أى بمجرد صدور القبول. أما وفقاً لنظرية الإرادة الظاهرة فإن العقد لا ينعقد إلا من الوقت الذى يعلم فيه الموجب بالقبول، إذ من هذا الوقت يكون الموجب قد علم بتعبير القابل عن إرادته. وكذلك يؤدى منطق كل من النظريتين إلى حلول متضادة بالنسبة لعيوب الإرادة، والصورية وتفسير العقد(١).

جـ- موقف التشريعات من النظريتين

«على أن هاتين النظريتين لم تخرجا من كونهما نظريتين علميتين، إذ لا تستقل إحداهما بالسيادة فى أى قانون وضعى. ذلك أن المشرع يضع تشريعه بقصد تحقيق غايات عملية. ومن ثم فهو يضطر فى كثير من الأحوال إلى عدم مسايرة أى نظرية فى منطقها إلى النهاية، وإنما يتوخى وضع حلول معتدلة يحاول فى صياغتها أن يتجنب قدر المستطاع ما تؤدى إليه النظرية من نتائج ضارة. فنظرية الإرادة الباطنة تبالغ فى الفردية إلى حد تهمل معه ما يترتب على التعبير من حيث اعتباره ظاهرة اجتماعية. ونظرية الإرادة الظاهرة تبالغ فى المادية والاعتداد بالتعبير كظاهرة اجتماعية إلى حد تنسى معه أساس الالتزام التعاقدى هو الإرادة الفردية لا مظهرها»(٢).

ولهذا نجد أن الحلول التى وضعها القانون الألمانى، وهو يسلّم بالإرادة الظاهرة كأساس، وإن لم تكن دائماً هى الحلول نفسها التى يأخذ بها القضاء الفرنسى حيث إن التقنين المدنى الفرنسى يعتبر الإرادة الباطنة هى الأساس، إلا أنها تتقارب معها كثيراً فى الواقع(٣). ويأخذ القانون المصرى بنظرية الإرادة الباطنة كأصل عام، ومع ذلك يحتفظ عن مبدأ الإرادة الظاهرة بالقدر الذى يقتضيه استقرار التعامل ويتفق مع التطور الموجود فى القوانين اللاتينية ذاتها.

ثانياً: تطابق الإرادتين

القاعدة أنه «يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ١٣٠ ص١٨١، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٢ ص٢٢

(٢) عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ١٣١ ص١٨٢، وانظر أيضاً إسماعيل غانم المرجع السابق، فقرة ٥٢ ص٩٢

(٣) انظر فى تفصيل ذلك عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ١٣١ ص١٨١ وما بعدها

مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد». وعلى ضوء هذه القاعدة يجب أن يتم التعبير عن إرادتين متطابقتين، وهاتان الإرادتان، هما الإيجاب والقبول. ولذلك يجب أن نعرض لكل منهما.

١ - الإيجاب

وفي هذا الصدد يجب أن نعرض لتعريف الإيجاب وبيان خصائصه، ثم ندرس متى يعتبر هذا الإيجاب ملزماً؟ ومتى يسقط هذا الإيجاب.

أ- تعريف الإيجاب وبيان خصائصه

الإيجاب هو العرض الصادر من شخص يعبر به على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معيّن، بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد[١].

وعلى ضوء هذا التعريف يمكن أن نستخلص الخصائص الواجب توافرها في العرض حتى يعتبر إيجاباً بالمعنى القانوني:

أولاً: يجب أن يكون التعبير عن الإرادة باتاً: ويقصد بذلك أن يكون التعبير عن الإرادة باتاً وجازماً في دلالته على إرادة التعاقد[٢]. واستخلاص ما إذا كان الايجاب باتا مما يدخل في حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع ما دام هذا الاستخلاص سائغاً ومستمداً من عناصر تؤدى إليه من وقائع الدعوى[٣]. فإن لم يكن التعبير باتاً كأن يقصد به صاحبه استطلاع رأى الطرف الآخر فيما يدعو إليه من تعاقد فإن ذلك لا يكون إيجاباً وإنما يعتبر من قبيل الدعوة إلى الدخول في مفاوضات حول العقد المراد إبرامه. وهذه المفاوضات قد تطول وقد تقصر، وقد تنتهى إلى عرض بات من أحدهما، أى إيجاب يقبله الطرف الآخر فينعقد العقد، وقد تقطع المفاوضات دون

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٦ ص١٠٤. نقض ١٩٦٩/٦/١٩ س٢٠ ص١٠١٧، ١٩٨٥/١٢/٤ الطعنان ٨٦٣، ٨٦٤ لسنة ٥٢ق، ١٩٨٨/٣/٣٠ الطعنان ٩٢٤، ٩٤٣ لسنة ٥٢ق، ١٩٩٠/١/٨ الطعن ٣١٩٧ لسنة ٥٨ق، ١٩٩٠/٤/٢٢ الطعن ٢١١١ لسنة ٥٥ق.

(٢) مصطفى الجمال، المرجع السابق، فقرة ٥٨، ص٦٦

(٣) نقض ١٩٨٥/١٢/٤ السابق الإشارة إليه، أما تكييف الفعل المؤسس عليه طلب صحة ونفاذ العقد بأنه إيجاب أو نفى هذا الوصف عنه فهو من المسائل التى يخضع قضاء محكمة الموضوع فيها لرقابة محكمة النقض»

أن تنتهى إلى شئ[1]. والقانون لا يرتب فى الأصل على قطع المفاوضات أثراً قانونياً، فكل شخص حر فى قطع المفاوضة فى أى وقت يريد[2]. على أن العدول عن المفاوضات قد يرتب مسؤولية على من قطعها إذا اقترن العدول بخطأ. والمسؤولية هنا مسؤولية تقصيرية أساسها الخطأ. ويكلف من أصيب بالضرر إثبات خطأ الطرف الآخر، كأن يثبت مثلاً أن من قطع التفاوض لم يكن جاداً عند الدخول فيه، أو أنه لم يخطره بالعدول فى الوقت المناسب بحيث أضاع عليه صفقة رابحة. وعندئذ يحق للمضرور المطالبة بالتعويض. والمسألة موضوعية تخضع لظروف الواقع ويقدرها القاضى على ضوء كل حالة[3]. والتحقق مما إذا كان التعبير عن الإرادة إيجاباً أو مجرد دعوة إلى التفاوض يعتبر من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع بغير رقابة عليه من محكمة النقض وفقاً لظروف كل حالة على حدة[4].

وكون التعبير باتاً فى دلالته على إرادة التعاقد لا يتعارض مع تعليقه على شروط صريحة أو ضمنية. فمثلاً إذا أعلن تاجر عن بيع بضاعة معينة بثمن معيّن على شرط عدم ارتفاع الأسعار أو عدم نفاذ الكمية فإذا ما تم القبول قبل تغير الأسعار أو عدم نفاذ الكمية فإن العقد ينعقد باقترانه بهذا الإيجاب. ومثل ذلك من الناحية العملية عرض شخص على الجمهور شيئاً ذا كمية محدودة، كأماكن المسرح أو السينما أو ملاعب الكرة، فيكون هذا إيجاباً متعلقاً على عدم نفاذ الشئ المعروض، ويتم التعاقد مع من يقبل أولاً حتى نفاذه. ففى مثل هه الحالات، متى توافرت نية التعاقد على وجه بات، فإن تعليق العرض على شرط صريح أو ضمنى لا يمنع من اعتباره إيجاباً[5].

---

(1) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٨، ص١٠٥، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ١٤١ ص١٩٨ وما بعدها.

V. Ph. Malaurie, L. Aynès, op. cit., No. 244, P. 177.

(2) نقض ١٩٨٦/١/١٩ الطعن رقم ٨٦٢ لسنة ٥٢ق.

(3) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٨، ١٠٦، شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، فقرة ١٩٤، ص٣٠٩، ٣١٠ عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ١٤١ ص١٩٩ وما بعدها. وانظر نقض ١٩٦٧/٢/٩ س ١٨ ص٣٣٤.

(4) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٨ ص١٠٦. نقض ١٩٨٥/١٢/٤ السابق الإشارة إليه

(5) انظر فى تفصيل ذلك إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٨، ص١٠٦ =

ثانياً: يجب أن يكون التعبير عن الإرادة كاملاً، بمعنى أن يتضمن الإيجاب العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه. وهذا الشرط منطقى، حيث إن انعقاد العقد يتحقق بتلاقى التعبير عن إرادتين متطابقتين، فبالتالى يجب أن يتضمن الإيجاب العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، بحيث إذا ما صادفه قبول مطابق له انعقد العقد. ففى البيع مثلاً لن يعتبر العرض إيجاباً إلا إذا عيّن فيه على الأقل الشئ المبيع والثمن تعييناً كافياً. بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد عقد البيع. وعلى ذلك فإن كل تعبير عن الإرادة لا يتضمن العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، لا يعتبر إيجاباً، كأن يعرض شخص البيع بتضحية كبيرة، أو بتخفيض كبيرة، أو بشروط مغرية، مادامت هذه الشروط وبخاصة ثمن البيع لم تحدد فى العرض[1].

ويتضح مما سبق أنه يكفى فى التعبير عن الإرادة لكى يكون إيجاباً أن يتضمن العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه. وبناءً عليه فإنه لا يشترط أن يتضمن الإيجاب كافة شروط العقد المراد إبرامه. وإنما يرجع فيما لم يتفق عليه الطرفان من مسائل تفصيلية إلى القواعد المكملة والعرف وقواعد العدالة. وعلى ذلك فيكفى فى الإيجاب بالبيع تعيين المبيع والثمن، ولا يلزم تحديد مكان وزمان التسليم ونفقاته مثلاً، إذ إنه عند الاختلاف حول أى من هذه المسائل فإنه يرجع إلى القواعد المكملة أو المفسرة الواردة فى هذا الصدد.

– ولكنه يجب أن نشير فى هذا الصدد أنه قد لا يكفى أن يكون الإيجاب باتاً وكاملاً لكى ينعقد العقد بمجرد أن يصادفه قبول مطابق له، وذلك فى الأحوال التى

= J. Flour, J. L. Aubert, op. cit., No. 142, P. 99.

وانظر نقض ١٩٥٨/٣/١٣ مجموعة أحكام النقض س٩ ص ١٧٦ حيث قضت بأنه «إذا رفع أحد الشريكين دعوى مطالبا بنصيبه فى أرباح الشركة وعرض إنهاء النزاع أن يدفع إليه شريكه مبلغاً معيناً كتقدير جزافى لأرباحه وقيد هذا الايجاب بشرط الدفع فوراً وحدد الغرض منه فلم يقبل شريكه ذلك فإن هذا الإيجاب يكون قد سقط لتخلف شرطه والغرض منه ورفض قبوله، فإذا كان الحكم رغم ذلك قد أخذ بهذا الايجاب الساقط وقيد به الموجب فان الحكم يكون قد اعتمد فى قضائه على دليل معدوم مما يجعل قضاءه مخالفا للقانون» وانظر أيضا نقض ١٩٨٤/١١/٢٧ س٣٥ ص١٩٢٠.

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٩، ص١٠٧، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ١٤٢ ص٢٠٠.

تكون شخصية المتعاقد فيها محل اعتبار، كعقد العمل أو الشركة أو القرض. ففى هذه العقود شخصية العامل أو الشريك أو المقترض محل اعتبار، فهى من عناصر العقد الأساسية، والعرض الموجه للجمهور فى هذا النوع من العقود لا يتضمن نية التعاقد مع أى شخص يستجيب له، ولذلك لا يعتبر هذا العرض إيجاباً وإنما مجرد دعوة إلى التعاقد. وعلى ذلك فالاستجابة إلى هذه الدعوة هى التى تعتبر إيجابا يتعين أن يقترن به قبول الداعى حتى ينعقد العقد، وللداعى حرية رفض هذا الإيجاب، بشرط ألاّ يكون متعسفاً فى هذا الرفض[1].

- لا يلزم فى الإيجاب شكلا خاصا:

إذا كان الايجاب كتعبير عن الارادة يجب أن يكون له وجوداً خارجيا، حيث إنه يوجه إلى الغير، إلا أنه لا يشترط فيه أى شكل خاص ولو تعلق الأمر باقتراح إبرام عقد يتطلب القانون فيه شكل معين (كالعقود الشكلية). هذا هو المبدأ المستقر فى القانون المصرى والقانون الفرنسى.

لكن في الثلث الأخير من القرن العشرين قد تأثرت فرنسا كثيراً بموجة حماية المستهلك «أو ما يسمى بـ Le Consumérisme» التى أتت إليها عبر الأطلنطى. وقد أدت هذه الموجه إلى صدور العديد من التشريعات التى تكرس الحماية للمستهلك في مجال العقود التى يبرمها لاشباع حاجات غير مهنية. وقد كان نتيجة هذه الحماية أن ظهرت – فى بعض المواقف – إستثناءات على مبدأ الرضائية الذى يحكم الايجاب.

من ذلك على سبيل المثال نص المادة L. 311-8 من تقنين الاستهلاك حيث تنص على أنه يجب فى عقد القرض أو عقد الائتمان الاستهلاكى أن يسبقه إيجاب يرسل من جانب المؤسسة المالية المقرضة إلى المقترض وأن يتضمن هذا الايجاب عدداً من البيانات الالزامية موضوعها يدور حول إعلام المستهلك، فى هذا المجال بطريقة محددة بقدر المستطاع بنطاق إلتزامه[2]. فى نطاق الائتمان العقارى ولنفس الاسباب

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٩ ص١٠٧، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ١٤٢، ص٢١٠.

(٢) طبقا لقانون البنوك فى ٢٤ يناير ١٩٨٤ يجب أن يطابق هذا الايجاب الأنموذج المحدد والمعد بواسطة لجنة التنظيم البنكى. Le Comité de réglementation bancaire

نجد أن المادة L. 312-7, L. 312-8 من تقنين الاستهلاك تلزم المقرض بأن يرسل إلى المقترض إيجابا يتضمن بعض البيانات الالزاميةفيما يتعلق بعقد إيجار الإشغال Le Contrat de location- accession المؤدى إلى الملكية العقارية نجد أن المادة ٢٣ من قانون ١٢ يوليو ١٩٨٤ تلزم البائع بإرسال مشروع العقد قبل شهر على الأقل من إنعقاد العقد – دون أن يكون له حق الرجوع فيه خلال هذه المدة وحتى يقبل الشاغل L'accédant وذلك حتى يسمح لهذا الأخير أن يحدد نطاق إلتزامه المحتمل وحقوقه فى مواجهة البائع(١).

ب- مدى القوة الملزمة للايجاب

وفى هذا الصدد سوف نعرض لوضع المسألة، ثم لتحديد متى يعتبر الإيجاب ملزماً؟ وندرس أساس هذا الإلزام وأثره.

(١) وضع المسألة وموقف التشريعات: سبق أن رأينا أن مجرد صدور الإيجاب عن الموجب لا يترتب عليه أى التزام أو أثر قانونى طالما أنه لم يتصل بعلم من وجه إليه، وهذا الوجود الفعلى للتعبير عن الإرادة. لكن إذا اتصل الإيجاب بعلم من وجه إليه فإنه يتحقق له وجوده القانونى بحيث لو اقترن به قبول مطابق انعقد العقد.

والمشكلة المتعلقة بمدى القوة الملزمة للإيجاب تتعلق بالمرحلة السابقة على صدور القبول إذ يثور التساؤل حول ما إذا كان الموجب ملزماً بأن يبقى على إيجابه بحيث لا يجوز له الرجوع فيه بعد أن تحقق له وجوده القانونى باتصاله بعلم من وجهّ إليه أم أنه يجوز له مع ذلك الرجوع فيه طالما أنه لم يصدر القبول بعد؟

نستطيع أن نقول فى الإجابة عن هذا التساؤل إن الأصل فى الإيجاب أنه قابل للرجوع فيه طالما أنه لم يصدر من الموجّه إليه قبول مطابق، وبالتالى لم ينعقد العقد(٢). لكن تطبيق هذا الأصل على إطلاقه من شأنه أن يؤدى إلى الإضرار بالاستقرار الواجب للمعاملات، لأنه لو أبيح للموجب فى كل الأحوال أن يرجع عن

---

(١) انظر Ch. Larroumet, op. cit. No 242 p. 224.

(٢) انظر: Ph. Malaurie, L. Aynès, op. cit., No. 245, P. 179.

إيجابه طالما أنه لم يقترن به قبول، فلن يستطيع شخص أن يعتمد على إيجاب يوجّه إليه، إذ هو لا يعلم ما إذا كان الموجب سيبقى على إيجابه أم سيرجع عنه قبل أن يستطيع أن يتدبر أمره ويرد بالقبول أو بالرفض[1].

ولذلك جرى القضاء الفرنسي، رغم خلو التقنين من نص على ذلك، على أن الإيجاب يكون ملزماً إذا اقترن بتحديد مهلة للقبول، فلا يجوز للموجب الرجوع عن إيجابه في خلال هذه المهلة. كما أنه لا يشترط أن تكون هذه المدة محددة صراحة وإنما يكفى أن تستخلص من الظروف أو من طبيعة المعاملة[2].

ولذلك اتجهت القوانين الحديثة إلى النص على أنه «إذا عيّن ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضى هذا الميعاد» وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة[3].

وعلى ذلك فإن الإيجاب قد يتضمن صراحة ميعاداً للقبول وفى هذه الحالة يلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه طوال هذه المدة. لكن قد لا يتضمن الإيجاب أى ميعاد للقبول، فهل يمنع ذلك من أن يكون إيجاباً ملزماً؟ الإجابة على هذا التساؤل تكون بالنفى بطبيعة الحال، لأنه يمكن للقاضى أن يستخلص هذا الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة. فإذا كان التعاقد بين غائبين، يتم عن طريق المراسلة، فإن ظروف الحال تفيد باقتران الإيجاب بميعاد ضمنى للقبول يتمثل فى الوقت الذى

---

(١) انظر J. Flour, J. L.Aubert, op. cit., No. 146, P. 162.

(٢) انظر J. Flour, J.L Aubert op. cit., No. 147, P. 103.

F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, op. cit. 109 p 111 et s.

وانظر موقف القضاء المصرى فى ظل التقنين المدنى القديم، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ١٤٣٣ ص٢٠١ وما بعدها.

فى تشريعات حماية المستهلك فى فرنسا تلزم الموجب فى مجال الائتمان العقارى بالابقاء على العرض بالقرض لمدة لا تقل عن ٣٠ يوماً (م٧/١ ق١٣/١/١٩٧٩) وبالمثل المادة ٢٣ من قانون ١٢ يوليو ١٩٨٤ الخاص بعقد إيجار الاشغال المؤدى إلى الملكية العقارية.

(٣) انظر نص المادة ٩٣ من التقنين المدنى المصرى، ونص المادة ٩٤ مدنى سورى (مطابق) ونص المادة ٩٣ مدنى ليبى (مطابق)، ونص المادة ٨٤ مدنى عراقى (موافق)، ونص المادة ١٧٩ موجبات لبنانى (موافق).

يتسع للعلم بالإيجاب والبت فيه والرد عليه ووصول الرد إلى علم الموجب، وفقا للمجرى العادى للأمور[1]. وإذا كان التعبير عن الإيجاب خاصاً ببيع بشرط التجربة، فإن طبيعة المعاملة تفيد اقتران الإيجاب بميعاد ضمنى للقبول يتحدد بالوقت اللازم للتجربة. وكذلك فى المسائل التجارية تقتضى طبيعتها أن يراعى فى استخلاص المهلة المعقولة التى يظل فيها الموجب ملزماً بإيجابه أن تكون قصيرة نسبياً. وكثيراً ما يتولى العرف ذاته تحديدها. مجمل القول أن مؤدى المادتين ٩١، ٩٣ مدنى أن التعبير عن الارادة لا ينتج أثره إلا من وقت إتصاله بعلم من وجه إليه. فإذا كان الموجب قد التزم فى إيجابه بالبقاء على هذا الايجاب مدة معينة فان هذا الايجاب لا يلزم الموجب إلا من وقت إتصال علم من وجه إليه به وإلى هذا الوقت يعتبر أن الايجاب لايزال فى حوزة الموجب فله أن يعدل عنه أو أن يعدل فيه لأن التعديل ما هو إلا صورة من صور العدول لا يملكه إلا فى الفترة السابقة على وصول الايجاب إلى علم من وجه إليه[2].

(٢) وأساس التزام الموجب بالبقاء على إيجابه، خلال المدة المحددة صراحة أو ضمناً هو إرادته المنفردة. وهذه هى حالة من الحالات التى ينشأ فيها الالتزام بمقتضى الإرادة المنفردة، لوجود نص يخوّلها هذه القوة[3].

(٣) وأثر القوة الملزمة للإيجاب تتمثل فى أنه لا يعتد برجوع الموجب عن

---

(١) مصطفى الجمال، المرجع السابق، فقرة ٦٠ ص٦٨، توفيق فرج، المرجع السابق ص٦٨، ٦٩. وقد أفصحت عن ذلك المادة ٢/١٧٩ موجبات وعقود لبنانى حيث نصت أن يكون الإيجاب ملزماً «عندما يتحصل من ماهية الإيجاب أو من الظروف التى صدر فيها أو من نص القانون أن صاحب الإيجاب كان ينوى إلزام نفسه، فيجب حينئذ استمرار الإيجاب فى المدة المعينة من صاحبه أو المستمدة من العرف أو القانون بالرغم من حدوث وفاته أو فقدانه الأهلية الشرعية. كذلك يكون الأمر ولا سيما: ١- إذا كان الإيجاب مقروناً بمهلة على وجه صريح. ٢- إذا كان الايجاب فى أمور تجارية. ٣- إذا كان الإيجاب بالمراسلة. ٤- إذا كان وعداً بمكافأة». وانظر نقض ١٩٦٢/٧/٢ مجموعة أحكام النقض س١٥ ص٨٩٥.

(٢) انظر نقض ١٩٥٨/٤/١٠ مجموعة أحكام النقض س٩ ص٣٥٩.

(٣) السنهورى، الوسيط، جزء ١، فقرة ١٠٤، ص٢٢٤، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٩ ص١١١، عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٦١ هامش ١ ص١٣٣، مصطفى الجمال، المرجع السابق، فقرة ٦١، ص٦٩، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ١٤٤ ص٢٠٤.

إيجابه خلال المهلة المحددة، صراحة أو ضمناً، لالتزامه بالبقاء على إيجابه، ويظل الإيجاب قائماً، رغم هذا الرجوع، بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق خلال هذه المهلة انعقد العقد[1].

جـ- سقوط الإيجاب:

يجب أن نؤكد ما سبق أن قلناه بأنه يجوز العدول عن الإيجاب دون قيد طالما أنه لم يتصل بعلم من وجّه إليه. حيث إنه وإن تحقق له وجوده الفعلى، إلا أنه لم يستكمل بعد وجوده القانونى.

أما سقوط الإيجاب الذى نعنيه الآن فهو الذى يتحقق بعد أن يكتمل للإيجاب وجوده القانونى، أى بعد أن يكون قد اتصل بعلم من وجه إليه - وعلى هذا النحو يسقط الإيجاب سواء كان ملزماً أم غير ملزم، مادام لم يقترن به قبول الأحوال الآتية:

أولاً: فإذا كان الإيجاب ملزماً (وهو المقترن بميعاد صريح أو ضمنى) فإنه يسقط فى حالتين:

١- إذا رفض الموجب له الإيجاب. والإيجاب الملزم يسقط بالرفض حتى ولو لم تكن المدة المحددة للقبول قد انقضت. والرفض قد يكون مطلقاً وقد يستفاد أيضاً من القبول المقترن بتغيير فى الإيجاب أو تقييد له. إذ إن القاعدة فى هذا الشأن بأنه إذا اقترن القبول بما يزيد فى الإيجاب أو يقيد منه أو يعدّل فيه أعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً[2].

٢- إنقضاء المدة المحددة، صراحة وضمناً دون قبول. يسقط الإيجاب الملزم بانقضاء المهلة التى التزم فيها الموجب بالبقاء على إيجابه دون أن يقترن به قبول. ففى هذه الحالة لا يصبح الإيجاب غير لازم فحسب بعد أن فقد ما توافر له من الالتزام، بل يسقط سقوطاً تاماً. وهذا هو التفسير المعقول لنية الموجب، فهو يقصد ألا يبقى

---

(١) وفى القانون اللبنانى وفاة الموجب أو فقده أهليته فى خلال مهلة الالزام بالإيجاب لا يكون له أى أثر، فينعقد العقد بقبول الإيجاب ممن وجه إليه فى خلال هذه المهلة.

(٢) انظر على سبيل المثال نص المادة ٩٦ من التقنين المدنى المصرى، ونص المادة ٢/١٨٢ موجبات وعقود لبنانى، وسوف نتعرض إلى هذه المسألة فيما بعد.

إيجابه قائماً إلا فى خلال المدة المحددة ما دام قد لجأ إلى التحديد[1]، هذا ما لم يتبين العكس، بأن بانت نية الموجب فى أن يظل إيجابه قائماً بعد انقضاء المهلة وزوال قوّته الملزمة، فيظل الإيجاب قائماً غير ملزم أخذاً بما قصده[2].

ثانياً: فإذا كان الإيجاب غير ملزم، فإنه يسقط فى الأحوال الآتية:

١- إذا رفض الإيجاب ممن وجّه إليه. فى أية صورة كان الرفض كما أسلفنا.

٢- يسقط الإيجاب فى حالة التعاقد بين حاضرين، إذا لم يقترن بتحديد ميعاد صريح للقبول ولم يستخلص من الظروف ميعاد ضمنى، برجوع الموجب عن إيجابه قبل قبوله ممن وجّه إليه.

٣- يسقط الإيجاب فى التعاقد بين حاضرين إذا انفض مجلس العقد ولو لم يكن الموجب قد عدل عنه. وسنعود إلى دراسة ذلك فيما بعد.

٢- القبول

وهنا يجب أن نقف على تعريف القبول وبيان خصائصه، ثم نعرض بعد ذلك لمدى حرية الموجب له فى القبول أو الرفض.

أ- تعريف القبول وبيان خصائصه:

القبول التعبير عن الإرادة، والمطابق للإيجاب، الصادر عن الشخص الذى تلقى هذا الايجاب. فالقبول هو الإرادة الثانية التى يتم بها العقد.

وحيث إن القبول هو تعبير عن الإرادة فإنه يلزم بشأنه جدية هذه الإرادة واتجاهها إلى ترتيب أثر قانونى. كما أن هذه الإرادة يتم التعبير عنها صراحة أو ضمناً، كما أن السكوت لا يعتبر قبولاً إلا إذا كان موصوفاً، أو اقترن بملابسات تكشف دلالته فى القبول.

وعلى ضوء ما تقدم نجد أنه يجب أن يتوافر فى القبول الشروط الآتية:

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى المصرى، جزء ٢ ص٣٦.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٦٠ ص١١٢.

أولاً: يجب أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب. وهذا الشرط نتيجة منطقية حيث إن العقد يتم بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين. ومعنى التطابق هو أن كل مسألة وردت فى الإيجاب يجب أن تصادف القبول من الطرف الآخر.

وعلى ذلك فلا يكون قبولاً ينعقد به العقد، القبول الذى يتضمن زيادة أو نقصاً أو تعديلاً للإيجاب، أو الذى يكون معلقاً على شرط أو مقيداً بقيد لم يرد فيه. بل يكون هذا رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً لا ينعقد العقد إلا بقبوله ممن وجّه الإيجاب الأول[1].

كما يتعين أن يتطابق القبول الإيجاب فى كل مسألة وردت فيه سواء كانت جوهرية أو ثانوية، مادامت مذكورة فى الإيجاب.

على أنه إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية فى العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد قد تم. وإذا قام خلاف على المسائل التى لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضى فيها طبقاً لطبيعة المعاملة وأحكام القانون والعرف والعدالة[2].

وتطبيقاً لذلك أن يتفاوض الطرفان فى شروط العقد، وينتهيان إلى الاتفاق على المسائل الجوهرية فيه، أى يطابق القبول الإيجاب فى هذه المسائل، كما لو اتفقا فى البيع على المبيع والثمن وفى الإيجار على العين المؤجرة والأجرة ومدة الإيجار، ولم

---

(١) انظر نص المادة ٩٦ من التقنين المدنى المصرى، ونص المادة ٩٧ مدنى سورى (مطابق)، ونص المادة ٩٦ مدنى ليبى (مطابق)، ونص المادة ١/٨٦ مدنى عراقى (موافق)، ونص المادة ١٨٢ موجبات لبنانى (موافق)، وانظر أيضا نص المادة ١٥٠ من تقنين الالتزامات الألمانى. انظر نقض ١٩٥٨/١٢/١١ س٩ ص٧٤١، ١٩٦٣/٥/٢ س ١٤ ص٦٥٣، ١٩٦٥/١١/٩ س١٦ ص٩٨٦، ١٩٦٧/٢/١٦ س١٨ ص٣٩٤.

(٢) انظر نص المادة ٩٥ من التقنين المدنى المصرى، ونص المادة ٩٦ مدنى سورى (مطابق)، نص المادة ٩٥ مدنى ليبى (مطابق)، ونص المادة ٢/٨٦ مدنى عراقى (مطابق)، وانظر أيضا نص المادة ٢ من تقنين الإلتزامات السويسرى، ونص المادة ٢/٦١ من تقنين الالتزامات البولونى.

يتم الاتفاق على المسائل التفصيلية الأخرى، كتحديد مكان وزمان التسليم، ونفقاته، وتحديد من يتحمل بأجرة البواب، أو بقيمة اشتراك المياه أو الكهرباء، فى مثل هذه الحالة العقد ينعقد، ما دام الطرفان لم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق على هذه المسائل التفصيلية. وإذا قام خلاف بينهما فى صدد هذه المسائل فيما بعد، فالقاضى يفصل فيها طبقاً لطبيعة المعاملة وأحكام القانون والعرف والعدالة(١).

ثانياً: يجب أن يتم القبول فى خلال الفترة التى يكون فيها الإيجاب قائماً: لأنه لو صدر القبول بعد سقوط الإيجاب فلا ينعقد العقد، وإنما يعتبر هذا القبول إيجاباً جديداً يحتاج إلى قبول من الموجب الأول - ولنفهم هذه القاعدة يجب أن نفرق بين التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين.

فى التعاقد بين حاضرين، الإيجاب الصادر لشخص حاضر، إذا لم يتضمن تحديداً لميعاد القبول، يسقط بعدول الموجب، طالما أن هذا العدول قد صدر قبل قبول الموجب له. أما إذا لم يعدل الموجب عن إيجابه فالإيجاب لا يسقط من تلقاء نفسه لمجرد أن القبول لم يصدر فوراً، بل يبقى الإيجاب قائماً إلى أن ينفضّ مجلس العقد. فالقبول المتأخر هو القبول الذى يصدر بعد انفضاض مجلس العقد. وينفض مجلس العقد بافتراق الطرفين أو انصرافهما عن موضوع التعاقد إلى غيره.

أما فى التعاقد بين غائبين، فإنه يجب أن يتم القبول خلال الميعاد، الصريح أو الضمنى، الذى يلتزم فيه الموجب بالإبقاء على إيجابه. وحيث إن القبول تعبير عن الإرادة لا يكتمل له كيانه القانونى إلا باتصاله بعلم من وجّه إليه، وهو الموجب، فى القانون المصرى، فلذلك إذا لم يتصل القبول بعلم الموجب إلا بعد إنتهاء ميعاد التزامه بالإيجاب، فإن القبول يكون متأخراً، ولو كان قد صدر من القابل فى خلال الميعاد. والقبول المتأخر يمكن أن يعتبر إيجاباً جديداً للموجب الأول حرية قبول أو رفضه.

لكن يجب ملاحظة أنه إذا صدر القبول فى وقت مناسب بحيث كان يصل بحسب المألوف قبل انتهاء ميعاد الالتزام بالإيجاب، ولكنه تأخر فى الطريق فوصل بعد الميعاد، وعلم الموجب بهذا وسكت، فيعد سكوته قبولاً للإيجاب الجديد، إذ

(١) نقض ١٩٦٧/١/٢٦ س١٨ ص٢١٥.

مقتضيات حسن النية تفرض على الموجب فى هذه الحالة أن يخطر الطرف الآخر بتأخر قبوله وذلك إذا لم يشأ أن يقبل هذا الإيجاب الجديد(١).

ب- مدى حرية الموجب له فى القبول أو الرفض:

الأصل هو حرية الإنسان فى أن يتعاقد أو لا يتعاقد. وعلى ذلك فمن يرفض إيجاباً وجه إليه لا يكون مسؤولاً عن هذا الرفض ولا يجوز البحث فى بواعثه(٢).

ولكن هناك أحوالاً تقتضى الظروف فيها فرض الرقابة على استعمال الشخص لحريته فى رفض التعاقد. ومن هذه الحالات، حالة ما إذا كان الموجب له هو الذى دعا الموجب إلى التعاقد معه. ففى الحياة العملية نجد أن هناك طوائفاً من الناس تستحث غيرها على الإيجاب وتدعوهم إليه، كالتجار يوجهون النشرات والإعلانات إلى الجمهور، وكأصحاب الفنادق والمطاعم يفتحون أبوابها لاستقبال النزلاء والعملاء، وكأصحاب الأعمال الذين يعلنون عن حاجتهم إلى عمال لشغل الوظائف الخالية لديهم. ففى هذه الأحوال إذا استجاب أى شخص لهذه الدعوة إلى التعاقد فإن هذه الاستجابة تكون إيجاباً يستلزم قبولاً ممن وجه الدعوة للتعاقد حتى ينعقد العقد. فإذا رفض من وجّه الدعوة إلى التعاقد وجب أن يكون هذا الرفض مبنياً على مبرر مشروع وإلا كان متعسفاً فى هذا الرفض فيسأل عن تعويض الضرر الناتج عنه(٣).

---

(١) انظر السنهورى، الوسيط، جزء ٢ فقرة ١٠٧ ص٢٦٦ وخاصة هامش٢ ؛ إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٦٥، ص١١٨.

(٢) وعلى ذلك نصت المادة ١/١٨١ موجبات وعقود لبنانى صراحة بقولها أن «من يوجه إليه العرض يكون فى الأساس حراً فى الرفض، ولا يتحمل تبعة ما لامتناعه عن التعاقد».

(٣) السنهورى، الوسيط، جزء ٢، فقرة ١١٠ ص٢٣١، إسماعيل غانم، المرجع السابق فقرة ٦٢، ص١١٤ عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٤٨، ص٢٠٩، مصطفى الجمال، المرجع السابق، فقرة ٦٥ ص٧٣، وانظر نص المادة ١٣٦ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى، مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٢، ص٤٥، ٤٦.

وقد نصت المادة ٢/١٨١ موجبات وعقود على ذلك بقولها «بيد أن الأمر يكون على خلاف ذلك إذا أوجد هو نفسه حالة من شأنها أن تستدرج للعرض (كالتاجر تجاه الجمهور أو صاحب الفندق وصاحب المطعم، أو رب العمل تجاه العمال) ففى هذه الحالة يجب أن يسند امتناعه عن التعاقد إلى أسباب حرية بالقبول وإلا كان امتناعه استبدادياً وجاز أن تلزمه التبعة من هذا الوجه».

ثالثاً: اقتران الإيجاب بالقبول

درسنا فى المراحل السابقة وجود الإرادة وكيفية التعبير عنها وضرورة تطابق الإيجاب والقبول والآن ندرس المرحلة الأخيرة وهى ضرورة اقتران الإيجاب بالقبول وذلك حتى ينعقد العقد. وتلاقى الإيجاب بالقبول هو الذى يحدد الوقت الذى ينعقد فيه العقد، وكذلك مكان هذا الانعقاد.

ولتحديد زمان ومكان انعقاد العقد أهمية عملية كبيرة:

فمن حيث زمان انعقاد العقد، فإن لتحديده أهمية عملية تتجلى فى عدم جواز رجوع أحد الطرفين في التعبير عن إرادته بعد انعقاد العقد. كما أنه من لحظة انعقاد العقد يبدأ فى ترتيب آثاره، كأن تكون الثمار التى ينتجها المبيع من حق المشترى، وتنتقل إليه من وقت انعقاد العقد ملكية المبيع إذا كان منقولاً معيناً بالذات، ويبدأ احتساب مواعيد التقادم بالنسبة للالتزامات المنجزة الناشئة عن العقد.. وغير ذلك من المسائل الهامة.

أما من حيث تحديد مكان انعقاد العقد، فإن أهمية تبدو بوجه خاص فيما يتعلق بالاختصاص القضائى، حيث إن القانون ينص غالباً على تقرير الاختصاص للمحكمة التى تم فى دائرتها انعقاد العقد، كما تبدو أهمية تحديد مكان انعقاد العقد فى نطاق القانون الدولى الخاص فى الحالات التى يكون القانون الواجب التطبيق فيها على العقد هو قانون الدولة التى تم فيها انعقاده[1].

ولتحديد زمان ومكان انعقاد العقد فإنه يجب التفرقة بين فرضين:

الأول: أن يكون الطرفان فى مجلس واحد، وهذا هو التعاقد بين حاضرين، **والثانى:** أن يباعد المكان بين الطرفين، وحيث تمضى فترة من الزمن بين الإيجاب والقبول، وهذا هو التعاقد بين غائبين.

١ - التعاقد بين حاضرين:

ولندرس التعاقد بين حاضرين، يجب أن نعرض أولاً لتحديد المقصود به وصوره،

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٧٣، ص١٢٧، ١٢٨.

ثم ندرس ما يثيره من فكرة مجلس العقد، وأخيراً يمكننا أن نحدد زمان ومكان انعقاد العقد في هذه الحالة.

أ- المقصود بالتعاقد بين حاضرين وصوره:

التعاقد بين حاضرين، هو التعاقد الذى يكون فيه التعبير الذى يصدر من أحد الطرفين يعلم به الآخر فى ذات الوقت الذى يصدر فيه. فالتعاقد بين حاضرين يفترض أن يكون، الطرفان على اتصال مباشر، بحيث يسمع كل منهما كلام الآخر فى الوقت نفسه، وعلى ذلك فلا يشترط الحضور المادى، ومواجهة أحدهما الآخر، بل يعتبر التعاقد بين حاضرين، تم مثلاً بطريق الهاتف أو بأى وسيلة أخرى بحيث يكون الاتصال بينهما مباشراً لا تفصله فترة من الزمن.

والتعاقد بين حاضرين على هذا النحو يثير فكرة مجلس العقد، وهى موضوع الفقرة التالية:

ب- فكرة مجلس العقد:

مجلس العقد اصطلاح شرعى وقانونى وهو يعنى اجتماع المتعاقدين فى المكان نفسه والزمان، بحيث يسمع أحدهما كلام الآخر مباشرة، حالة كونهما منصرفين إلى التعاقد لا يشغلهما عنه شاغل(١).

١- وحدة المكان حقيقة أو حكماً: وهذا يعنى اجتماع المتعاقدين حقيقة، أى بالأبدان، فى المكان نفسه والزمان، بحيث يسمع أحدهما كلام الآخر مباشرة، أو اجتماعهما حكماً كما إذا تحدثا فى الهاتف أو بأى طريق مشابه يسمح بأن يسمع أحدهما كلام الآخر مباشرة وفى الوقت نفسه.

٢- انشغال المتعاقدين بالتعاقد، بحيث لا ينصرف أى منهما أو كلاهما عنه إلى شئ آخر.

إذا ما توافر لمجلس العقد المقومات السابقة، فإنه يجب أن نبحث بعد ذلك كيف يتم التعاقد بين حاضرين؟ ولمعرفة ذلك يجب أن نفرق بين ثلاثة فروض:

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٦٩ ص١٤٥.

الفرض الأول: أن يصدر فى مجلس العقد إيجاب من الموجب يعقبه على الفور قبول مطابق من الموجب له، فى هذا الفرض ينعقد العقد بتلاقى الإيجاب والقبول.

الفرض الثانى: أن يصدر فى مجلس العقد إيجاب، دون أن يقترن بتحديد ميعاد صريح للقبول ولم يستخلص من الظروف ميعاد ضمنى، فإن الموجب يستطيع أن يتحلل من إيجابه بعدوله عنه طالما أنه لم يصدر قبول من الموجب له. وفى هذا الفرض يسقط الإيجاب كما سبق أن رأينا. لكن إذا كان الإيجاب متضمناً ميعاداً صريحاً أو ضمنياً للقبول فإن الموجب يلتزم بالبقاء على إيجابه طوال هذه المدة، فإن لم يصدر خلالها قبول مطابق سقط الإيجاب الملزم كما سبق أن رأينا.

الفرض الثالث: إذا صدر فى مجلس العقد إيجاب، غير ملزم، ولم يعدل الموجب عنه، فالإيجاب لا يسقط من تلقاء نفسه لمجرد أن القبول لم يصدر فوراً، بل يبقى قائماً إلى أن ينفضّ مجلس العقد. فإذا صدر قبول مطابق قبل انفضاض المجلس انعقد العقد. أما إذا لم يصدر قبول وانفضّ مجلس العقد فإن هذا الإيجاب يسقط كما سبق أن رأينا ذلك تفصيلاً.

وينفضّ مجلس العقد بالمفارقة الجسدية للمكان من أحد العاقدين أو كليهما. ولكنه يعتبر منفضاً كذلك، ولو لم يبرح العاقدان المكان، إذ شغلهما أو شغل أحدهما عن التعاقد شاغل(1).

جـ- زمان ومكان انعقاد العقد:

١- فمن حيث زمان انعقاد العقد، فإنه فى التعاقد بين حاضرين ينعقد العقد فى الزمان الذى يقترن فيه القبول بالإيجاب القائم فى مجلس العقد، سواء كان هذا التعاقد قد تم بين عاقدين موجودين فى المكان نفسه والزمان، أو كان التعاقد قد تم عن طريق الهاتف أو أى وسيلة مشابهة تسمح بأى يسمع أحد المتعاقدين الآخر مباشرة.

٢- ومن حيث مكان انعقاد العقد، فإنه يجب أن نفرق بين فرضين:

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٦٩ ص١٤٥.

الفرض الأول: حالة تواجد المتعاقدين حقيقة فى مجلس العقد فإن اقتران القبول بالإيجاب القائم فى هذا المجلس هو الذى يحدد هذا المكان. فإذا كان مجلس العقد الاسكندرية يكون مكان انعقاد العقد الاسكندرية، طالما اقترن القبول بالإيجاب فى المجلس.

الفرض الثانى: التعاقد عن طريق الهاتف أو أية وسيلة مشابهة، حيث إن هذا التعاقد اعتبر تعاقداً بين حاضرين لوجود الاتصال المباشر بين العاقدين، حيث إن كلاً منهما يسمع كلام الآخر فى الوقت نفسه، وليس هناك أى فاصل زمنى بين الإيجاب والقبول، وبالرغم من ذلك فإنه يباعد بينهما المكان. ولذلك لتحديد مكان انعقاد العقد يجب أن نطبق قاعدتنا فى تحديد متى يتحقق للتعبير عن الإرادة وجوده القانونى. فنبدأ بالإيجاب، فلكى ينتج هذا التعبير عن الإرادة أثره القانونى، يجب أن يتصل الإيجاب بعلم من وجّه إليه، (الموجود على هاتف فى القاهرة مثلاً) ولكى ينعقد العقد يجب أن يتصل القبول، وهو الإرادة الثانية فى العقد، بعلم الموجب (الموجود على الهاتف فى الاسكندرية) وهنا تنعقد عقدة العقد، ويكون مكان انعقاد العقد عن طريق الهاتف إذن هو المكان الذى يوجد فيه الموجب (أى الاسكندرية).

٢ - التعاقد بين غائبين:

ولنفهم جيداً التعاقد بين غائبين يجب أن نبدأ بتحديد المقصود به وصوره، ثم نبحث بعد ذلك متى وأين ينعقد العقد فى هذه الحالة؟

أ- المقصود بالتعاقد بين غائبين وصوره:

والتعاقد بين غائبين، هو التعاقد الذى يتم بين شخصين يباعد المكان بينهما، ويفصل الزمن بين إيجاب أحدهما وقبول الآخر. وبذلك تمضى فترة من الزمن بين صدور القبول وعلم الموجب به، وهذا الفاصل الزمنى هو المميز الحاسم بين التعاقد فى حضور الطرفين والتعاقد فى غيابهما[(١)].

ومن صور التعاقد بين غائبين التعاقد بالمراسلة، سواء تم عن طريق رسول يبلغ

(١) شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٢٠٣، ص٣١٨.

الرسالة أو تم بالمكاتبة عن طريق البريد، أو عن طريق البرق أو التلكس أو أية وسيلة أخرى مشابهة من وسائل الاتصال الحديثة.

ب- زمان ومكان انعقاد العقد:

وضع المشكلة: من الخصائص الأساسية للتعاقد بين غائبين أنه يتم بين شخصين يباعد بينهما المكان، وبالتالى يكون هناك فترة زمنية تمضى بين صدور الإيجاب من الموجب واتصاله بعلم من وجه إليه، الموجب له، مما جعل الإيجاب فى التعاقد بين غائبين إيجاباً ملزماً على النحو السابق بيانه. وبالمثل بالنسبة للقبول، فإنه تمضى فترة زمنية بين إعلان القبول من الموجب له وعلم الموجب بهذا القبول. ولذلك يمكن التردد فى تعيين الوقت الذى ينعقد فيه العقد بين وقت إعلان القبول، ووقت تصدير القبول، ووقت وصول القبول، ووقت العلم بالقبول. وهذه مذاهب أربعة، لكل منها أنصاره، وتختلف التقنيات الحديثة فى الأخذ بأحدها. وفيما يلى نستعرض هذه النظريات المختلفة بإيجاز ونحدد بعد ذلك الموقف الذى انحازت إليه التشريعات العربية.

(١) نظرية إعلان القبول[١]. ويقوم منطق هذه النظرية على أن العقد ينعقد بتلاقى إرادتين متطابقتين، وبالتالى بمجرد صدور قبول مطابق للإيجاب فإنه يجب أن ينعقد العقد. وتستند هذه النظرية فى تأييد منطقها إلى الاعتبارات العملية، من حيث إن مقتضيات الحياة التجارية تقتضى السرعة فى التعامل، إذ يستطيع القابل بمجرد إعلان قبوله أن يطمئن إلى الصفقة ويبنى تعامله مع العير على هذا الأساس.

ويؤخذ على هذه النظرية أولاً، أن العقد لا يتم بتلاقى إرادتين متطابقتين وإنما بتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مما يستوجب أن يتصل التعبير عن الإرادة، القبول، بعلم من وجّه إليه، الموجب وذلك حتى ينتج هذا التعبير أثره وينعقد

---

(١) التقنين المدنى السورى يأخذ بمذهب إعلان القبول، فقد نصت المادة ٩٨ على أنه «يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم فى المكان والزمان اللذين صدر فيهما القبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانونى يقضى بغير ذلك». ففى فرنسا لا يوجد نص تشريعى، فالقضاء ينقسم بين مذهبى إعلان القبول والعلم بالقبول. ومحكمة النقض الفرنسية استقرت على أن تحديد وقت تمام العقد ومكانه يعد مسألة موضوعية يرجع فيها إلى نية المتعاقدين.

العقد، وثانياً أن هذه النظرية تجعل أمر انعقاد العقد فى قبضة القابل، حيث إن إعلان القبول أمر يختص به القابل وحده، فهو الذى يقول متى أعلنه، مما يجعل تحديد زمان انعقاد العقد يتوقف على محض إرادته. كما يسهل عليه أيضا إن أراد العدول عنه أن ينكر إعلانه للقبول ولن يستطيع الموجب أن يثبت حصوله.

(٢) نظرية تصدير القبول[١]: وهذه النظرية قريبة الصلة - بالنظرية السابقة، وذلك لأنها تحاول أن تتفادى ما وجّه إليها من نقد وخاصة ما هو متعلق بجعل أمر انعقاد العقد فى قبضة القابل - فلكى تتغلب على هذه العقبة اقترح أنصارها أن العقد لا ينعقد بمجرد إعلان القبول وإنما بتصدير هذا القبول، أى بإرساله فعلاً، حتى يكون نهائياً لا رجعة فيه، كأن يلقى به صندوق البريد أو يسلم لموظف البرق، أو يبلغ فينطلق به لإبلاغه للموجب.

ويؤخذ على هذه النظرية أولاً، أن تصدير القبول واقعة مادية لا تضيف جديداً من الناحية القانونية، حيث إن القبول لم يتصل بعد بعلم من وجّه إليه بالرغم من تصديره، وبالتالى لم ينتج أثره فى انعقاد العقد. ثانياً: أن تصدير القبول لا يفيد استقرار إرادة القابل على قبول العقد، أو خروج القبول بصفة نهائية لا رجعة فيه، حيث إن القابل يستطيع استرداد الرسالة قبل وصولها، وذلك وفقاً لما تسمح به لوائح البريد فى كثير من الدول.

(٣) نظرية وصول القبول: وهذه النظرية تذهب إلى أبعد من النظريتين السابقتين بأن لا تكتفى بإعلان القبول أو تصديره، وإنما يلزم علاوة على ذلك وصوله إلى الموجب سواء علم به أو لم يعلم. وبذلك يكون قد تلافت الاعتراضات السابق توجيهها إلى النظريتين السابقتين.

على أنه يعاب على هذه النظرية مع ذلك أن وصول القبول واقعة مادية ليست لها دلالة قانونية. فوصول القبول غير قاطع فى دلالته على علم الموجب به، وبالتالى لا يتحقق حتى هذه اللحظة اتصاله بعلم من وجّه إليه، ولذلك لم ينعقد العقد.

---

(١) تقنين الالتزامات السويسرى يأخذ بمذهب تصدير القبول (م/١٠)، وكذلك القانون البرازيلى (م١/٩٦)

(٤) **نظرية العلم بالقبــول**: وهذه النظرية أرادت أن تتخطى العقبة السابقة واعتبرت أن العقد ينعقد فى الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، وذلك تأسيساً على أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم من وجّه إليه. فالتعاقد بين غائبين بمثابة عملية لا تتصل حلقاتها إلا بتبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين. فكما أن الإيجاب لم ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم الموجب له فإن القول لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم الموجب وبالتالى تكتمل الحلقة وتنعقد عقدة العقد.

ومع ذلك فإن هناك بعض الشك الذى يحوم حول هذه النظرية وخاصة أن واقعة العلم وثيقة الصلة بشخص الموجب، فهو الذى يملك زمامها، فهو الذى يقول لنا متى علم بالقبول حتى ينعقد العقد، مما يزعزع الثقة ويثير الشك فى تحقيقه أو تخلفه. ولعلاج ذلك حرصت القوانين الحديثة على أن تقيم قرينة تقوم على الغالب المألوف، وهو أن وصول القبول يفيد غالباً العلم به. ولذلك فإن القوانين الحديثة تأخذ بنظرية العلم كقاعدة عامة ولكنها تجعل وصول القبول قرينة على العلم به. ولكن هذه القرينة تعتبر قرينة غير قاطعة، إذ يجوز للموجب هدمها بإثبات أنه لم يعلم بالقبول رغم وصوله إليه لغيابه أو مرضه مثلاً(١).

وعلى ذلك نجد أن معظم التشريعات العربية أخذت بالقاعدة التى بمقتضاها «يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم فى المكان وفى الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانونى يقضى بغير ذلك»(٢). «ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول فى المكان وفى الزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول»(٣).

---

(١) من التقنيات التى تأخذ بمذهب العلم بالقبول، التقنين الألمانى (م١٣٠) والمشروع الفرنسى الإيطالى (م١/٢)، والتقنين التجارى الإيطالى (م٣٦) والتقنين الإسبانى (م٢/٢٦٢)، وانظر السنهورى، الوسيط جزء ١ فقرة ١٢٨ ص٢٦٠.

(٢) نقض ١٩٨٤/١١/٢٧ س٣٥ ص١٩٢٠.

(٣) انظر نص المادة ٩٧ من التقنين المدنى المصرى، ونص المادة ٩٧ من المدنى الليبى (مطابق)، ونص المادة ٨٧ من المدنى العراقى (مطابق)، نص المادة ٤٩ من القانون المدنى الكويتى.

الفرع الثاني: صور خاصة من التراضي

بيّنا فيما سبق، كيف يتم التراضي في العقد بصفة عامة، ونتناول الآن بعض صور خاصة للتراضي، لما قد يعتريها من لبس في تبين حكمها أو لما تختص به من حكم مميز، أو لما تتسم به من أهمية في العمل[1]. وفي هذا المجال ندرس أولاً: التعاقد بطريقة المزايدة أو المناقصة، ثانياً: الوعد بالتعاقد. وثالثاً: التعاقد بالعربون. ورابعاً: النيابة في التعاقد.

أولاً: التعاقد بطريق المزايدة أو المناقصة

يتم التعاقد بطريق المزايدة أو المناقصة لتحقيق غرض معين، كما أن هذه الصورة من التعاقد تستدعي بيان أحكامها وفقاً للقواعد العامة.

١ - كيفية التعاقد بالمزايدة أو المناقصة والغرض منه

الغالب والمألوف في حياة الناس أن يتم التعاقد بطريق الممارسة، فتجري المفاوضات بين أطرافه حتى يتم التوصل إلى حساب محدد من أحد الطرفين يقبله الطرف الآخر. ومع ذلك في أحوال كثيرة، يتم التعاقد عن طريق المزايدة، فيعرض موضوع العقد في مزاد عام بغية إبرامه مع من يتقدم بأكبر عطاء، أو بطريق المناقصة بغية إبرام العقد مع من يتقدم بأقل عطاء.

والتعاقد عن طريق المزايدة قد يحتمه القانون، كما هو الشأن في بيع وإيجار الأموال الخاصة للدولة أو لغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة، وفي بيع أموال المدين على إثر التنفيذ الجبري عليها نتيجة عدم وفائه بديونه. وقد يلجأ إليها المتعاقدان طوعاً منهما واختياراً، كما إذا نظم شخص مزاداً يجريه بنفسه أو بواسطة آخر ينوب عنه في إجرائه لبيع منقولاته أو عقاراته أو تأجيرها.

ومن أمثلة العقود التي تتم بطريق المناقصة، عقد المقاولة، فتطرح العملية المراد إتمامها في مناقصة عامة للاهتداء إلى المقاول الذي يرضى بإتمامها بأقل أجر. وقد يتم البيع كذلك بطريق المناقصة بأن يعلن راغب الشراء عمّا يريد شراءه ويدعو راغبي البيع إلى التقدم بعطاءاتهم لكي يختار من بينها العطاء الأقل، وكثيراً ما تلجأ

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٧٨ ص١٦٥.

الجهات الحكومية والشركات الكبيرة إلى طريق المناقصة للحصول على الأشياء المطلوب توريدها بأقل ثمن.

وتبدأ عملية التعاقد بطريق المزايدة أو المناقصة بإعلان على المزايدة أو المناقصة أى تطرح العملية موضوع التعاقد للمزايدة أو المناقصة، وذلك لكى تتيح فرصة لأكبر عدد من المزايدين أو المناقصين للتقدم بعطاءاتهم، إما علناً وإما فى مظاريف مغلقة بحسب الأحوال. وتنتهى هذه العملية بإرساء المزاد أو المناقصة على صاحب أكبر عطاء فى حال المزايدة أو أقل عطاء فى حالة المناقصة.

٢- أحكام التعاقد بالمزايدة أو المناقصة

سبق أن بيّنا كيف يتم التعاقد بطريق المزايدة أو المناقصة والغرض منه. والآن يجب أن نبيّن كيفية تطبيق المبادئ العامة السابق دراستها فى الإيجاب والقبول على هذه العملية. فيجب أن نحدد ما يعتبر إيجاباً ومدى التزام الموجب بالإبقاء على إيجابه، ومعرفة ما يعتبر قبولاً وتحديد متى يقترن الإيجاب بالقبول وبالتالى متى ينعقد العقد.

- أول الحقائق التى يجب توضيحها هى أن طرح الصفقة فى المزاد أو المناقصة لا يعدو أن يكون دعوة إلى التعاقد ولا يغير من طبيعتها أن يكون الإعلان عن المزاد مصحوباً بتحديد ثمن أساسى، فهذا الثمن الأساسى ليس إلا رقماً تبدأ المزايدة منه، وليس ثمناً عبر طارح المزايدة عن إرادته فى إبرام العقد به[1].

* الإيجاب فى التعاقد بالمزايدة أو المناقضة هو العطاء الذى يقدم به من استحباب للدعوة إلى التعاقد[2]. ويعتبر هذا العطاء إيجاباً ولو كان مصحوباً بتأمين تقدم به صاحبه وأخذه منه مجرى المزاد، لأن التأمين يعتبر شرطاً للتقدم بالعطاء وبالتالى لا يعتبر أخذه من جانب مجرى المزاد قبولاً ينعقد به العقد.

---

(١) نقض ١٩٦٤/١/٩ س١٥ ص٦٨، نقض ١٩٦٦/٣/٢٨ س١٧ ص٧٣٠، ١٩٨٣/١/١٠ س٣٤ ص١٥٦، ١٩٨٥/١/٧ س٣٦ س١٩٨٤.

(٢) نقض ١٩٦٤/١/٩ السابق الإشارة إليه، ١٩٦٦/٣/٢٨ السابقة الإشارة إليه، ١٩٨٣/١/١٠ السابق الإشارة إليه.

* وإذا كان تقديم عطاء يزيد على العطاءات السابقة عليه يترتب عليه سقوط العطاء الأقل، إلا أنه لا يترتب عليه انعقاد العقد بين العطاء الأعلى وبين الداعى للمزايدة، لأن التقدم بالعطاء ولو كان يزيد على غيره من العطاءات ليس إلا إيجاباً من صاحب العطاء، فلابد لانعقاد العقد من أن يصادفه قبول بإرساء المزاد عليه ممكن يملكه[1].

* والايجاب الذى يتمثل فى التقدم بالعطاء هو إيجاب ملزم، إذ يبقى صاحبه ملتزماً به إلى حين تقديم مزايد آخر بعطاء أفضل، أو إلى أن يقفل المزاد، دون أن يرسو على أحد، إذا كان عطاؤه هو الأفضل، وذلك ما لم يظهر من ظروف الحال، أن المتزايد أراد ألا يبقى مقيداً بعطائه، أو أن المتعاقدين اتفقا على عدم سقوط الإيجاب بإقفال المزاد[2]. وكذلك فى حالة المزايدة أو المناقصة التى تتم فى مظاريف مغلقة، يلتزم كل من تقدم بعطاء بالبقاء على إيجابه خلال الفترة اللازمة لتجميع العطاءات وفض المظاريف وفحص العطاءات المقدمة لإرساء المزايدة أو المناقصة على أحدها.

* ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان العطاء الجديد باطلاً، أو تقرر رفضه أو إلغاؤه أو الرجوع فيه أو أقفل المزاد دون أن يرسو على أحد. وبالنسبة للمزايدة أو المناقصة داخل مظروفات تقوم على سرية العطاءات المتمثلة فى عدم علم المتزايد أو المتناقص بعطاء غيره، ومؤدى ذلك اعتبار المتزايد أنه لم يعلق بقاء عطائه على عطاءات الآخرين وإنما هو يفترض فيه أنه بتقديمه عطاءه داخل مظروف أراد أن يبقى عطاءه هذا قائماً إلى أن تفض المظروفات ويتقرر إرساء المزاد أو المناقصة، ومن غير أن يتأثر عطاؤه هذا بما عساه أن يكون غيره قد تقدم به من عطاءات أخرى[3].

- والسؤال الآن كيف يقترن الإيجاب بالقبول؟

* وللإجابة على ذلك السؤال نقول، إنه إذا كان العطاء الذى تقدم به المتزايد

---

(١) نقض ١٩٨٣/١/١٠ س٣٤ ص١٥٦.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٩٣ ص٢٠٢.

(٣) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٩٢ ص٢٠٠، إسماعيل غانم المرجع السابق، فقرة ٧٤، ص١٣٠، مصطفى الجمال، المرجع السابق، فقرة ٨٢ ص٩٦.

هو الأفضل، بمعنى أنه لم يتقدم آخر بعطاء يفوقه، بقى العطاء الوحيد الذى يتضمن إيجاباً قائماً ينتظر القبول. والجدير بالملاحظة أن القبول لا يتم بمجرد قفل باب المزاد، بل بتقرير إرسائه على صاحب العطاء (م٩٩ مدنى)(١). ويلاحظ أنه فى المزايدة أو المناقصة داخل مظروفات يكون للداعى للمزاد أو المناقصة أن يتخير من العطاءات المقدمة ما يراه له أصلح دون أن يتقيد بقيمة أى منها، وذلك كله ما لم يتفق على غيره، أو يقضى القانون بخلافه.

* الأصل هو حرية الداعى للمزاد أو المناقصة فى القبول أو الرفض. وعلى ذلك فللداعى للمزاد أو المناقصة أن يرفض العطاء، ولو كان هو الأفضل أو الأخير، دون أن يكون من شأن ذلك أن يحمله بالمسؤولية، ذلك لأنه موجب له، فللموجب له خيار قبول الإيجاب أو رفضه دون أن يكون عليه معقب. ولا تقوم مسؤولية الداعى للمزاد إلا إذا اتضح من الظروف أنه قد ارتكب خطأ بعدم إرسائه على صاحب أكبر عطاء بدون عذر مقبول، بعد أن دعا إليه، وتكون مسؤوليته تقصيرية، أى على أساس العمل غير المشروع، ويلزم الداعى للمزاد بالتعويض، وقد يرى القاضى أن خير تعويض هو تقرير التعويض العينى، فيحكم باعتبار الصفقة قائمة مع من تقدم بالعطاء الأكبر(٢).

وقد جرى العمل على تضمين قوائم المزايدات شرطاً يقضى بأن لمن يجرى المزاد لصالحه قبول أو رفض أى عطاء، دون إبداء الأسباب، فما هو حكم هذا الشرط؟

يعتبر هذا الشرط صحيحا، بشرط أن يكون المتزايد قد علم به أو على الأقل كان فى مكنته أن يعلم به. ويترتب على صحة هذا الشرط انتفاء الخطأ عن الداعى للمزاد، إذا رفض أى عطاء حتى ولو كان هو الأكبر(٣).

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٩٢ ص٢٠٠، نقض ١٩٦٤/١/٩ س١٥ ص٦٨، ١٩٨٩/١٠/١٦ الطعن ١٤٦٧ لسنة ٥١ق، ١٩٩٠/٦/١١ الطعن ٢١٥٧ لسنة ٥٣ق.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٩٢ ص٢٠٠.

(٣) وقد أكدت محكمة النقض ذلك فى صورة مبدأ عام حيث قضت بأن «مؤدى النص فى المادة ٩٩ من القانون المدنى أن العقد فى المزايدات ينعقد كأصل عام بايجاب من المزايد هو العطاء الذى يتقدم به وقبول من الجهة يتم برسو المزاد، إلا أنه إذا تضمنت شروط المزاد أحكاما خاصة فى هذا الشأن فإن هذه الأحكام هى التى يجب الرجوع إليها باعتبارها قانون المتعاقدين» نقض ١٩٩٠/٣/١٤ الطعن ١٥٦١ لسنة ٥٦ق يشترط علم المزايد عند التقدم بعطائه بهذه الشروط وموافقته عليها دون اعتراض من جانبه. انظر فى ذلك نقض ١٩٩١/٧/٣ الطعن ٢٥٨٣ لسنة ٥٦ق.

- متى ينعقد العقد فى التعاقد بالمزايدة أو المناقصة؟

القاعدة أن العقد ينعقد فى الوقت الذى يتصل فيه إرساء المزاد بعلم من أرسى عليه ويترتب على ذلك أنه بعد إرساء المزاد واتصاله بعلم الراسى عليه لا يستطيع من أجرى المزاد أن يرجع فى قبوله ما لم يتفق على غير ذلك أو يقضى القانون بخلافه، أما قبل أن يتصل إرساء المزاد بعلم صاحب العطاء فإنه يكون لمن أجرى المزاد لصالحه أن يرفض عطاء المتزايد حيث إن العقد لم ينعقد بعد.

أما بالنسبة للمتزايد، صاحب العطاء، فلا يجوز له أن يرجع فى عطائه وذلك لأنه بتقديمه العطاء يعتبر أنه تقدم بإيجاب ملزم، مقترن بميعاد محدد للقبول، وهو ذاك الذى يتطلبه إرساء المزاد والإخطار منه.

ثانياً: الوعد بالتعاقد والعقد الابتدائى

والصورة الثانية من الصور الخاصة للتراضى هى الوعد بالتعاقد والعقد الابتدائى. وهذه الصورة شائعة فى العمل. ولذلك يجب أن نتعرف عليها وعلى طبيعتها، ثم نعرض بعد ذلك لشروطها وآثارها.

١ - التعريف بالوعد بالتعاقد وطبيعته

● الوعد بالتعاقد هو الاتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين فى المستقبل حينما يفصح الموعود له عن رغبته خلال الموعد المحدد اتفاقا.

- فالوعد بالتعاقد عقد يتم بتلاقى إرادتين، إيجاب من الواعد وقبول من الموعود له. وإذا كان الوعد بالتعاقد عقداً إلا أنه يعتبر تمهيداً لأنه يمهد لإبرام عقد آخر هو العقد الموعود به. وعلى ذلك فإن الوعد بالتعاقد يقف فى مرحلة متوسطة بين الإيجاب والعقد النهائى. فالإيجاب تعبير عن إرادة منفردة بالرغبة فى التعاقد. أما الوعد فهو عقد يتم بإرادتين تمهيداً لإنشاء عقد مقبل حينما يعلن الموعود له عن رغبته خلال مدة معينة. وعندئذ ينشأ العقد النهائى[١].

وعلى ذلك فالوعد بالتعاقد وإن كان فى ذاته عقداً، إلا أنه ليس هو العقد

(١) شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٢٠٦ ص٣٢٣

المقصود فى النهاية، وإنما هو بمجرد وسيلة تستهدف الوصول إليه، أى إلى إبرام العقد الموعود به[1].

• والوعد بالتعاقد قد يكون ملزماً لجانب واحد. فيعد أحد الطرفين، الواعد، الآخر بإبرام العقد دون أن يلتزم الآخر، الموعود له، بإبرامه. وقد يكون الوعد ملزماً للجانبين فيكون كل من الطرفين واعداً وموعوداً له.

والغالب من الأمر أن يكون الوعد ملزماً لجانب واحد هو الواعد. ومثال ذلك أن تلجأ الشركات الصناعية، لضمان التوسع فى أعمالها فى المستقبل، إلى الحصول من ملاك الأراضى المجاورة لمصانعها على وعد ببيعها لها إذا أبدت رغبتها فى الشراء فى مدة معينة. ومثل ذلك أيضاً مستأجر يقوم بإصلاحات هامة فى العين المؤجرة، ويحصل قبل قيامه بها على وعد من المالك ببيع العين له إذا رغب فى شرائها فى مدة معينة[2]. وقد يكون الوعد وعداً بالشراء مثل ذلك مستأجر يطلب من المالك إجراء تعديلات جوهرية فى العين المؤجرة، فيشترط المالك على المستأجر أن يشترى العين إذا رغب فى بيعها إليه، وذلك خلال مدة معينة. ولا يقتصر الوعد بالتعاقد على عقد البيع، بل هو متصور فى جميع العقود، فأى عقد قد يسبقه وعد بإبرامه[3].

لكن قد تملى الضرورات العملية أن يكون الوعد بالتعاقد ملزماً للجانبين. كأن يريد شخصان إبرام عقد معين ولكن يمنعهما عقبة قانونية من إبرامه فوراً، مثل ذلك أن يكون المال المراد بيعه قد شرط على مالكه عدم التصرف فيه خلال مدة معينة، أو أن هذا التعاقد يستلزم لإتمامه صحيحاً، إجراءات معينة، كاستخراج مستندات ضرورية أو الحصول على إذن من المحكمة الشرعية أو المحكمة الحسبية، أو صدور قرار إدارى أو نحو ذلك[4].

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٨٠ ص١٧٢.

(٢) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٩٨، ص١٢٥، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٧٦ ص١٣٧. نقض ١٩٨٣/٤/١٢ س٣٤ ص٩٤٨.

(٣) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٧٦ ص١٣٧.

(٤) السنهورى، الوسيط، جزء ١، فقرة ٣٢ ص٢٦٧، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٧٦ ص١٣٩. وانظر دراسة تفصيلية ومستفيضة عن الوعد الملزم للجانبين

Chr. Larroumet, op. cit, no 300 P. 268 et s.

فى مثل هذه الحالات وغيرها إذا أراد الطرفان أن يرتبط كل منهما الآخر قبل زوال العقبة القانونية التى تحول دون انعقاد العقد المراد إبرامه، فإن سبيلهما إلى تحقيق هذا الغرض هو إبرام وعد بالتعاقد ملزم للجانبين يعد فيه كل منهما الآخر بإبرام العقد عند زوال تلك العقبة القانونية[1].

- التمييز بين الوعد بالتعاقد والعقد الابتدائى:

سبق أن رأينا أن الوعد بالتعاقد، اتفاق يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين فى المستقبل، كما أن الوعد بالتعاقد يعتبر عقداً تمهيدياً أى يمهِّد لإبرام عقد آخر هو العقد الموعود به. أما العقد الابتدائى فهو عقد كامل ونهائى، وأنه هو ذات العقد الذى يقصده عاقداه أولاً وأخيراً، فهو وصف لا يرد على العقد فى ذات أحكامه، وإنما يرد على الهيئة أو الصورة التى تبدأ صياغته فى أن تجئ عليها، لتتغير فيما بعد لتصير فى شكلها النهائى[2].

«وترجع نشأة العقد الابتدائى إلى ما يتطلبه القانون فى الوقت الحاضر، فى شأن التصرفات فى العقار، من وجوب الشهر لنقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية إلى المتصرف إليه. فالتصرف فى العقار من بيع وهبة وغيرهما لا يكفى لنقل الملكية وإنما يلزم تسجيله حتى يترتب هذا الأثر. وإجراء التسجيل يتطلب بالضرورة بعض الوقت. ثم إنه يستلزم إجراءات وأوضاعاً معينة يقتضيها القانون، وهذا ما يؤدى بالمتعاقدين إلى إثبات رضائهما بالعقد وبشروطه فى محرر أولى، انتظاراً إلى إعادة تحريره من جديد فى عقد نهائى يتمشى مع مقتضيات التسجيل. فالعقد الابتدائى والعقد النهائى فى مجال البيع، مثلاً، لا يعدو أن يكونا مسميين لعقد واحد، هو عقد البيع مجرداً عن النعت والتخصيص. كل ما فى الأمر أن اصطلاح «العقد الابتدائى» يعنى العقد فى صورته الأولى، قبل التسجيل، فى حين أن اصطلاح «العقد النهائى» يعنى ذات

---

(١) انظر عكس ذلك عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٨٠ ص١٨٤ حيث يرى أن من يطلق عليه الوعد الثنائى أو المزدوج بالعقد ليس فى الحقيقة إلا هذا العقد نفسه. وإن أرجئ قيامه إلى الموعد المحدد، أى عقد مقترن بأجل لا أقل ولا أكثر. فى القانون المصرى فإن المادة ١٠١ تعرف الوعد بالتعاقد بأنه «الاتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين فى المستقبل». على العكس من ذلك تنص المادة ٤٩٣ موجبات وعقود لبنانى على «أن الوعد بالبيع عقد بمقتضاه يلتزم المرء بيع شئ من شخص آخر لا يلتزم شراءه فى الحال» «ومن طبيعة العقد أنه غير متبادل» وفى النص الفرنسى ورد لفظ essentiellement أى جوهر العقد وليس طبيعة العقد.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٧٩، ص١٦٧.

العقد، ولكن في صورته النهائية التي تتمشى مع مقتضيات إجراءات التسجيل وإذ كان الغالب في العمل أن إعادة إبرام العقد في صورة أخرى نهائية، تجيء كمقتضى لذات طبيعته. فإنه لا يوجد ثمة ما يمنع العاقدين من أن يتفقا على إعادة إبرام عقدهما، الذي اتفقا عليه مشافهة، في محرر مكتوب، تيسيراً لإثباته. وهكذا ففكرة العقد الابتدائي ليست محصورة في نطاق التصرفات العقارية، وإن بقي هذا النطاق مجالها الخصب الغالب»[1].

وعلى ذلك فالعقد الابتدائي يرتب كافة الالتزامات والآثار التي من شأن العقد أن يرتبها، بغض النظر عن اتسامه بوصف «ابتدائي» أو «نهائي» وذلك باستثناء ما يعلق القانون نفسه ترتيبه من آثار على إجراء لا يتوافر فيه. فعقد البيع الابتدائي مثلاً، يرتب كل الآثار التي من شأن البيع بوجه عام أن يرتبها، فيما عدا نقل الملكية في العقار إذ إن نقل الملكية في العقار لا يكون إلا بالتسجيل ومن تاريخ حصوله، والعقد الابتدائي هو بالضرورة عقد لا يسجل، إذ إن التسجيل لا يلحق إلا بالعقد النهائي.

وزيادة على الالتزامات التي يرتبها العقد الابتدائي، اعتباراً بأنه العقد الكامل المقصود أولاً وأخيراً، وإن جاء في صيغة أولية، فإنه يولد أيضاً التزاماً خاصاً به، مستمد من علة وجوده ذاتها، وهذا هو الالتزام الذي يثقل كلاً من طرفيه، والمتمثل في وجوب أن يسهم كل منهما بنصيبه المعلوم في إبرام العقد النهائي[2].

ولذلك فإن لم يف أي من طرفي العقد الابتدائي بالتزامه بالمشاركة في إبرام العقد النهائي على نحو ما يفرضه عليه العقد ومجريات الحال، كان للطرف الآخر أن يقاضيه ويطلب الحكم، في مواجهته، بصحة العقد ونفاذه، شريطة ألا يكون هو بدوره مخلاً بالتزاماته التي يفرضها العقد عليه[3].

٢- شروط الوعد بالتعاقد

• وحيث إن الوعد بالتعاقد عقد فإنه يتعين لانعقاده أن تتوافر فيه الشروط العامة السابق دراستها في وجود التراضي، وكذلك صحة الرضى بالإضافة إلى الشروط

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٧٩، ص١٦٨

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٧٩، ص١٦٨.

(٣) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٧٩ ص١٧٠، شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٢٠٦، ص٣٢٣

الواجب توافرها في المحل والسبب أما فيما يتعلق بالأهلية فإنه يجب التمييز بين الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد والوعد بالتعاقد الملزم للجانبين، فبالنسبة للأول، فإنه حيث إن الوعد بالتعاقد يتضمن تعبيراً من جانب الواعد عن إرادته في إبرام العقد الموعود به، لذا يجب أن يتوافر فيه وقت الوعد الأهلية اللازمة لإبرام ذلك العقد.

أما بالنسبة للموعود له فلا يشترط فيه وقت الوعد سوى التمييز، حيث إن عقد الوعد الملزم لجانب واحد يتمخض لمصلحة الموعود له، ولم يصدر منه وقت الوعد رضاء بإبرام العقد الموعود به. أما بالنسبة للوعد الملزم للجانبين، والذى يكون فيه كل من الطرفين واعداً للآخر، وجب أن تتوافر فيهما معاً الأهلية اللازمة للعقد الموعود به.

• كما أن الوعد بالتعاقد بحسب طبيعته يعتبر عقداً تمهيدياً لإبرام العقد الموعود به، أى أنه ليس مقصوداً في ذاته، وإنما هو مجرد وسيلة تستهدف الوصول إلى عقد آخر، وهو العقد الموعود به[1]، لذلك نجد أن **هذه الطبيعة تقتضى شروطاً خاصة يجب توافرها في الوعد بالتعاقد**. وهذه الشروط هي:

الشرط الأول: الاتفاق في الوعد بالتعاقد على جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه وإلا وقع هذا الوعد باطلاً[2]. فإذا كان العقد الموعود به بيعاً وجب الاتفاق في الوعد على المبيع والثمن، وإن كان إيجاراً يجب الاتفاق على العين المؤجرة والأجرة ومدة الإيجار... وهكذا.

الشرط الثاني: تعيين المدة التي يجب خلالها الإعلان عن الرغبة في إبرام العقد الموعود به[3]. وقد تحدد المدة صراحة، كشهر أو سنة، وقد يكون من الممكن استخلاص مدة ضمنية من ظروف الاتفاق، كما لو كان العقد الموعود به لا يجدى تنفيذه إلا خلال فترة معينة، كالوعد مثلاً بإيجار مكان في معرض يقام بعد شهرين ويستمر لمدة معينة، فالمفروض أن تنفيذ الوعد لا يجدى إلا إذا أفصح الموعود له عن رغبته خلال مدة شهرين.

---

(١) انظر مثال آخر شائع في الدول المتقدمة في الوقت الحاضر وهو الوعد بالتفضيل Le Pacte de préférence وهو اتفاق يلتزم بمقتضاه الواعد بتفضيل الموعود له في حالة بيع عقار معين (أو محل تجارى) إذ هو دفع نفس الثمن المعروض عليه، نبيل سعد، العقود المسماه، ج١ البيع، دار النهضه العربية بيروت ١٩٩٧ ص١٠٢ وما بعدها.

(٢) نقض ٢١/٤/١٩٧٣ س٢٤ ص٦٤٩، ١١/٣/١٩٩١ الطعن ١٦٨ لسنة ٦٠ق.

(٣) نقض ٢١/٤/١٩٧٣ السابق الإشارة إليه

وإن لم يتضمن الوعد على ميعاد صريح أو ضمنى لإعلان الرغبة، فإن هذا الوعد يقع باطلاً ولا يترتب عليه أى أثر قانونى.

الشرط الثالث: وجوب إفراغ الوعد فى الشكل الذى يتطلبه القانون للعقد الموعود به. فإذا كان العقد هبة عقار أو رهناً رسمياً، فيجب أن يبرم الوعد بالهبة أو الرهن فى الشكل الرسمى. وحكمة هذا الشرط هو قفل الباب أمام التحايل على القانون، حيث إنه يجوز، طبقاً للقواعد العامة، للموعود له عند امتناع الواعد عن تنفيذ الوعد أن يلجأ إلى القضاء ليحصل على حكم على الواعد بالتنفيذ، ويقوم الحكم مقام العقد الموعود به، وبالتالى يصل الطرفان إلى إبرام رهن رسمى دون ورقة رسمية وفقاً لما يتطلبه القانون. وبهذا يصبح الوعد بالعقد طريقاً للإفلات من الشكل الذى يستلزمه القانون.

وعلى هذا النحو، واحتراماً للاعتبارات التى من أجلها تقررت شكلية بعض العقود، نص القانون على أنه «إذا اشترط لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد» وعلى ذلك لا يكفى أن يقتصر الطرفان على وعد بالتعاقد غير رسمى ليصلا إلى حكم يقوم مقام العقد الرسمى للإفلات من الشكل الذى يتطلبه القانون(١).

على أن الوعد بالتعاقد المجرد من الشكل، وإن كان لا يؤهل لنشأة العقد الأصلى، فهو لا يتجرد من كل أثر. فالوعد بالرهن إذا لم يكن رسمياً يرتب فى ذمة الواعد التزاماً شخصياً بإنشاء الرهن. ولما كان هذا الالتزام مستحيل التنفيذ لعدم توافر الرسمية فى الوعد، فإنه يجوز الحكم على الواعد بالتعويض إذا لم يقبل إبرام عقد الرهن فى الشكل الرسمى المطلوب، ويخضع كذلك للجزاء المقرر فى القانون بسقوط الأجل المقترن بالدين، الذى كان يراد تقرير الرهن ضماناً للوفاء به(٢). لكن القانون قد ينص صراحة على تجريد الوعد من أى أثر لم يفرغ فى الشكل الرسمى. من

---

(١) نبيل سعد، التأمينات، المرجع السابق، فقرة ٥٥ ص٧٧.

(٢) شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٢٠٦ ص٣٢٥، قارن إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٧٧، ص١٤٢، قارن السنهورى الوسيط، جزء ١، فقرة ١٣٥، ص٢٧٠. انظر عكس ذلك عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٨٣، ص١٨٢، هامش١.

ذلك مثلاً نص المادة ٤٩٠ من التقنين المدنى المصرى والتى تقضى بأن «الوعد بالهبة لا ينعقد إلا إذا كان بورقة رسمية» فإذا لم يفرغ الوعد فى الورقة الرسمية فهو باطل ولا يترتب عليه أى أثر.

٢ - آثار الوعد بالتعاقد

ولمعرفة آثار الوعد بالتعاقد يجب التفرقة بين مرحلتين: المرحلة السابقة على إبداء الموعود له رغبته فى إبرام العقد الموعود به، والمرحلة التالية لإبداء الرغبة أو حلول الميعاد.

المرحلة الأولى: آثار الوعد بالتعاقد قبل إبداء الموعود له رغبته فى انعقاد العقد الموعود به:

• إذا ما توافرت الشروط العامة والخاصة للوعد فإنه يترتب عليه التزام الواعد بالقيام بما يلزم لإبرام العقد الموعود به مع الموعود له، إذا ما أظهر هذا الأخير رغبته فى إبرامه فى المدة المحددة. والجدير بالملاحظة أن الواعد بإبرامه للوعد يكون قد عبّر فعلاً عن رضاه بالعقد الموعود به، وليس هناك حاجة لأن يعبر عن رضى جديد بذلك العقد، وإنما عليه يلتزم بأن يمتنع عن القيام بأى عمل يحول دون إبرام العقد الموعود به[١].

وتطبيقاً لذلك، فى الوعد بالبيع مثلاً، نجد أن الواعد يلتزم بألا يتصرف إلى الغير فى الشئ الذى وعد ببيعه طوال مدة الوعد، فإذا أخل بهذا الالتزام وجب عليه تعويض الموعود له. وإذا كان الوعد يلزم الطرفين بالقيام بعمل مشترك لإبرام العقد الموعود به، كما لو اتفق فى عقد الوعد على أن يكون إبرام العقد الموعود به فى ورقة رسمية، فيلتزم الواعد بأن يقوم من جانبه بالمساهمة فى اتمام العقد بكتابة الورقة الرسمية المتفق عليها. ومثل ذلك أيضاً، فى الوعد الملزم للجانبين، التزام أحد الطرفين بالعمل على إزالة العقبة التى حالت دون إبرام العقد النهائى[٢].

• أما الموعود له، فى هذه المرحلة، ليس مجرد دائن للواعد، بل هو يتمتع بحق

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٧٨، ص١٤٣، قارن تكييف آخر مصطفى الجمال، المرجع السابق، فقرة ٧٨، ص٩١، ٩٢

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٧٨ ص١٤٣

مشيء أو ترخيصي un droit formateur يكون للموعود له بمقتضى هذا الحق أن يعبر بمحض إرادته عن رغبته في إبرام العقد الموعود به، وبذلك يستطيع أن يتوصل إلى انعقاد ذلك العقد، وبالتالي إنشاء الالتزام الناتج عنه في ذمة الواعد[1] هذا الحق ينتقل إلى الورثة

• ويتضح مما سبق أن الوعد بحسب وصفه وطبيعته يعتبر عقداً تمهيدياً يهدف إلى إبرام العقد الموعود به، وبالتالي فإنه ليس إلا مجرد وسيلة للوصول إلى هذا العقد وعلى ذلك فإن عقد الوعد بالبيع ليس بيعاً بل هو عقد آخر مستقل ويتميز عنه تماماً. ولذلك فإنه طالما أن العقد الموعود به لم ينعقد بعد، فإن الالتزامات التي يرتبها ذلك العقد لا تنشأ في ذمة الواعد بمجرد الوعد. فلا يلتزم الواعد بالبيع بنقل ملكية الشيء المراد بيعه أو تسليمه، فهذه الالتزامات لا تترتب إلا على عقد البيع الموعود به لا على مجرد الوعد بإبرامه. ويترتب على ذلك:

١- أنه في الوعد بالبيع لن تنتقل الملكية إلى الموعود له بمجرد الوعد ولو كان الشيء منقولاً، معيناً بالذات، بل تظل الملكية للواعد.

٢- إذا هلك الشيء قبل أن يبدى الموعود له رغبته في شرائه، كان الهلاك على الواعد بوصف كونه هو المالك، ولن ينعقد العقد الموعود به لتخلف المحل.

٣- ليس للموعود له أي حق عيني على الشيء موضوع التعاقد الموعود به، ويترتب على ذلك إذا تصرف الواعد في الشيء إلى الغير على خلاف وعده للموعود له، فلن يكون للموعود له حق تتبع، ولكن له الرجوع على الواعد بالتعويض على أساس المسؤولية التعاقدية لإخلاله بالتزامه الناشئ عن عقد الوعد. كما يكون للموعود له الحق في التعويض من المتصرف إليه إذا كان سيئ النية على أساس إقدامه على التعاقد مع علمه بالوعد يعتبر خطأ تنشأ عنه مسؤوليته التقصيرية[2]

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٧٨، ص١٤٤

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٧٨، ص١٤٤

غير أن القانون اللبناني يتضمن قاعدة خاصة بالوعد ببيع العقار، فقد نصت المادة ٢٢١ من قانون الملكية العقارية على أنه يتولد عنه «حق عيني يخضع بهذه الصفة لجميع الأحكام الجارية على الحقوق العينية»
=

المرحلة الثانية: آثار الوعد بالتعاقد مع إبداء الموعود له رغبته فى انعقاد الموعود به:

• إذا أبدى الموعود له فى الوعد رغبته فى التعاقد خلال المدة المتفق عليها فإنه يتحقق بذلك تلاقى الإرادتين اللازم لانعقاد العقد الموعود به، فينعقد العقد بمجرد ظهور الرغبة[1]. على أنه يشترط لذلك، طبقاً للقواعد العامة، أن تكون إرادة الموعود له التى عبّر عنها بإبداء رغبته فى التعاقد، مطابقة تمام المطابقة لإرادة الواعد التى عبّر عنها فى وعده، وإلا كان إبداء الرغبة إيجاباً جديداً لا ينعقد به العقد إلا إذا صادفه قبول من الواعد[2].

• كما إن إظهار الرغبة لا يحتاج إلى شكل معيّن، وقد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً[3]. والعقد الموعود به لا ينعقد إلا فى الوقت الذى يتصل فيه رغبة الموعود له بالتعاقد بعلم الواعد، طالما حصل ذلك فى الفترة المحددة لبقاء الوعد. ووصولها إليه يعد قرينة على العلم بها إلى أن يثبت العكس، وعلى ذلك فإذا لم يظهر هذه الرغبة أو لم تتصل بعلم الواعد قبل انقضاء هذه المدة، سقط الوعد بالتعاقد من فوره ومن تلقاء نفسه، وتبرأ ذمة الواعد نهائياً وذلك دون حاجة من الواعد إلى أن يتخذ إجراءً ما كتنبيه أو إنذار.

= وعلى ذلك فلا ينشأ هذا الحق العينى إلا بتسجيل الوعد بالبيع فى السجل العقارى بطريق القيد الاحتياطى الذى يجب أن يذكر فيه الثمن والمدة المتفق عليها واسم الموعود له وعنوانه وإلا كان القيد باطلاً. هذا الحق العينى ليس حق ملكية، وإنما يقتصر أثره على منع الواعد من التصرف فى العقار بنقل ملكيته إلى الغير أو بإنشاء أى حق عينى آخر عليه، فيما عدا حق التأمين hypothèque (م٢٢٢ ملكية عقارية)، فيكون للموعود له أن يتمسك ببطلان التصرف المخالف للوعد.

انظر فى ذلك إسماعيل غانم، المحاضرات السابقة الإشارة إليها ص٩٦، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص١٥٨.

(١) السنهورى، الوسيط، جزء ١، فقرة ١٣٩، ص٢٧٥.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٧٨، ص١٤٤، ١٤٥. نقض ١٩٦٥/١٢/١٦ س١٦ ص١٢٩١.

(٣) عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ١٦٩، ص٢٣٥

• موت الواعد أو الموعود له لا يؤثر فى إمكانية قيام العقد الموعود به، إذا حصل الرضا به فى ميعاده، فالوعد بالعقد لا يسقط ولا يتأثر بموت الواعد أو فقد أهليته أو إفلاسه[1].

• إذا انعقد العقد الموعود به بإبداء الموعود له رغبته، فإنه يجب على الواعد تنفيذه، فإذا نكل، كان للموعود له أن يقاضيه طالباً إلزامه بذلك. ويصدر حكم القاضى مقرراً انعقاد العقد من وقت إبداء الموعود له رغبته فى التعاقد، وقاضياً بإلزام الواعد بتنفيذه[2].

• أما إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم متى حاز قوة الشئ المقتضى مقام العقد[3].

• وكما للموعود له أن يبدى رغبته فى التعاقد خلال المدة المتفق عليها فإن له أيضاً أن يرفض التعاقد، وهو فى ذلك لا يخل بأى التزام عليه، حيث إن له الخيار التام فى القبول أو الرفض. ويستطيع الموعود له أن يعرض عن إعلان رغبته بقبول التعاقد أو رفضه إلى أن تنتهى مدة الوعد إذ فى هذه الحالة يسقط الوعد ويتحرر الواعد من التزاماته[4].

---

(١) عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ١٧٠، ص٢٣٧، عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٨٤، ص١٨٦.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٧٨، ص١٤٥، ١٤٦.

(٣) انظر نص المادة ١٠٢ من التقنين المدنى المصرى. فى القانون اللبنانى إذا كان موضوع العقد الموعود به حقاً عينياً عقارياً فإن العقد الموعود به وإن كان ينعقد بمجرد ظهور رغبة الموعود له، إلا أن آثاره العينية لا تترتب إلا بالتسجيل، فإذا نكل الواعد عن القيام بالإجراءات اللازمة للتسجيل، كان للموعود له أن يستصدر حكماً من القضاء بإنعقاد العقد وبإجراء التسجيل جبراً (م٢٢٦ من قانون الملكية العقارية) وفى هذا لا يختلف القانون اللبنانى عن القانون المصرى.

(٤) هذا ما لم يكن الموعود له قد التزم بدفع تعويض عن عدم قابلية العقار للتصرف خلال مدة الوعد انظر فى تفصيل ذلك نبيل سعد العقود المسماة، الجزء الأول عقد البيع، دار النهضة العربية بيروت ١٩٩٧.

- أثر التشريعات الحمائية للمستهلكين على الوعد فى فرنسا:

فرض قانون ١٣ يوليو ١٩٧٩ والخاص بالائتمان العقارى شرط واقف لمصلحة الموعود له (وهو الحصول على قرض). وهذه القاعدة تعتبر من النظام العام وبالتالى لا يجوز للافراد ترتيب هذا الشرط بارادتهم (Civ. 1er, 28 Jonv 1992, Bull. I. no 35). ويمكن للموعود له أن يلتزم بدون قيد أو شرط إذا هو أعلن أنه لن يلجأ إلى الأقتراض. وهذا التنازل فرض القانون أن يكون فى شكل معين (مادة ل. ٣١٢ - ١٧ من تقنين الاستهلاك) بأن اشترط القانون «أن يكتب الموعود له بخط يده» هذا التنازل. ويمكن أن يتنازل أيضا عن الشرط الواقف إذا هو قرر بالفعل الحصول على قرض. وعلى ذلك عندما ينوى المستهلك الموعود له الحصول على قرض إذا هو قرر الشراء، فإن الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد ينعقد معلقا على شرط واقف هو الحصول على قرض أو عدة قروض لضمان تمويله (مادة ل. ٣١٢- ١٥، ل. ٣١٢ - ١٦ من تقنين الاستهلاك) فإذا لم يحصل المستهلك الموعود له على القرض فان عقد الوعد يعتبر كأن لم يكن ويسترد الموعود له الأقساط أو تعويض عدم قابلية العقار للتصرف. وهذا بطبيعة الحال يثير عدة مشاكل أولها كيفية التنسيق بين الخيار الممنوع للموعود له والشرط الواقف، وثانيها ما هو المقصود بكلمة الحصول على قرض[(١)].

ثالثاً: التعاقد بالعربون

الأصل فى التعاقد أنه، باتّ، بمعنى أنه لا يجوز لأحد طرفيه بعد تمامه أن يستقل بالتحلل منه، ولكن يسوغ فى بعض الأحيان أن يتم التعاقد، على أن يكون لطرفيه أو لأحدهما أن يعدل عنه بمحض إرادته. ومن أبرز هذه الحالات، التعاقد بالعربون[(٢)]. فما هو تعريفه وما هى دلالته، ثم ما هى أحكامه، هذه هى النقاط التى سنعالجها على التوالى:

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك المراجع المشار اليها فى هامش ٣ نبيل سعد، البيع السابق الاشارة اليه ص١٠٢

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٧٥، ص١٨٧.

١ – تعريف العربون ودلالته

* العربون هو مبلغ من النقود يدفعه أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد. ويحدث ذلك كثيراً فى عقد البيع وفى عقد الايجار فيدفع المشترى للبائع جزءاً من الثمن، أو يدفع المستأجر للمؤجر جزءاً من الأجرة

* وتتنوع الغاية من العربون فقد يكون الغرض من دفعه إما حفظ الحق لكل من المتعاقدين فى العدول عن العقد مقابل خسارة قدر هذا العربون أو أكثر، بحسب الظروف. وإما أن يكون القصد من دفع العربون هو تأكيد انعقاد العقد، باعتبار أن دفع العربون دليل على النية الجدية فى تنفيذ العقد، وبعبارة أخرى يعتبر دفع العربون بمثابة بدء فى تنفيذ العقد.

* وعلى ذلك يكون العربون إحدى دلالتين: إما دلالة العدول وإما دلالة البت. ولتحديد دلالة العربون فإنه لا مناص من الرجوع إلى قصد المتعاقدين. فإذا صرح المتعاقدان بما يقصدانه، أو أمكن استخلاص قصدهما ضمناً من ظروف التعاقد، وجب الأخذ بما قصداه[١].

* أما إذا لم يتبين قصد العاقدين فقد اختلفت القوانين فى الدلالة الواجب الأخذ بها. فتذهب القوانين اللاتينية، بصفة عامة، على الأخذ بدلالة العدول. بينما تذهب القوانين الجرمانية إلى الأخذ بدلالة البتات.

* أما القوانين العربية فقد أخذت معظمها بدلالة العدول، مثل ذلك القانون المدنى المصرى[٢]، والسورى، والليبى، والكويتى، بينما تذهب بعض القوانين العربية إلى الأخذ بدلالة البتات، كالقانون المدنى التونسى، والمغربى، والعراقى. ولم يرد فى القانون اللبنانى نص فى هذا الشأن، والأولى ترجيح دلالة العدول أخذاً بتقاليد القانون الفرنسى الذى يعد المصدر التاريخى لقانونى الموجبات والعقود. وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء فى لبنان[٣].

---

(١) نقض ١٩٨٣/٦/١٦ الطعن ٩١ لسنة ٥٠ق.

(٢) نقض المادة ١٠٣ من القانون المدنى وانظر نقض ١٩٧٠/٢/٢٦ س٢١ ص٣٤٤.

(٣) إسماعيل غانم، المحاضرات السابقة، ص٩٨، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ١١٢، ص١٦٢، خليل جريج، المرجع السابق، ص١١٦.

٢ - أحكام العربون

وتختلف أحكام العربون باختلاف دلالته:

أ- ففى حالة الدلالة على الاحتفاظ بالحق فى العدول، يكون العربون هو مقابل هذا الحق. وعلى ذلك فإذا استعمل أحد المتعاقدين حقه فى العدول وكان هو الذى دفع العربون. فهو يفقده ويصبح حقاً لمن قبضه. أما إذا كان الطرف الذى عدل هو الذى قبض العربون، فإنه يرده ويرد مثله، أى رد ضعفه.

ولما كان العربون يعتبر مقابلاً لحق المتعاقد فى العدول عن العقد، فإن المتعاقد الذى دفعه يفقده كثمن لعدوله، ولو لم يترتب على العدول أى ضرر للطرف الآخر. كما لا يستحق عن العدول إلا مبلغ العربون ولو نشأ عنه ضرر أكبر. وعلى ذلك فيعتبر العدول استعمالاً لحق يستحق عنه مقابل، لا خطأ يستحق تعويضاً عن الضرر الذى قد ينتج عنه. وهذا هو الذى يفرق العربون عن الشرط الجزائى، وهو اتفاق على تقدير التعويض عن الضرر الذى يتوقع المتعاقدان حدوثه عند الإخلال بالعقد.

وإذا كان من شأن العربون أن يمنح لأى من طرفيه حق العدول عن العقد، وجب أن نتعرف على الوقت الذى يباشر فيه هذا الحق. وهنا الأمر لا يخرج عن أحد فرضين:

الفرض الأول: إذا اتفق الطرفان أو جرى العرف على تحديد مدة فإنه يجب مباشرة هذا الحق خلالها، وإلا تأكد قيام العقد، وصار إلى بتاته.

الفرض الثانى: إذا لم يحدد ميعاد لمباشرة حق العدول عن العقد اتفاقاً أو عرفاً، بقى هذا الحق قائماً للمتعاقد، وحق له أن يعدل عن العقد، إلى أن يصدر منه ما ينم عن رغبته فى تأكيد قيامه، وبالتالى عن رغبته فى النزول عن الحق فى العدول عنه. وتلك الرغبة من المتعاقد قد تجئ منه صراحة، وقد تستخلص دلالة من ظروف الحال، وعلى الأخص من قيامه بعد دفع العربون أو قبضه، على حسب الأحوال، بتنفيذ الالتزامات التى يولدها العقد فى ذمته[١]. ففى هذه الحاله ليس هناك ثمة ما يمنع

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٨٨ ص١٩١، ١٩٢.

من أن يكون لأى من الطرفين أن ينذر الآخر محدداً له مدة معقولة يتعين عليه فيها أن يعدل عن العقد إذا شاء، وإلا اعتبر متنازلاً عن حق العدول[1].

ب- فى حالة الدلالة على تأكيد البتات فى العقد، يكون دفع العربون تنفيذاً جزئياً للعقد يجب استكماله، ولا يجوز لأى من الطرفين أن يعدل. فإذا لم ينفذ أى منهما التزامه طبقت القواعد العامة فيكون للطرف الآخر طلب التنفيذ العينى أو التعويض أو الفسخ. ويجوز فى حالة الفسخ المطالبة بتعويض تكميلى، وليس حتماً أن يكون هذا التعويض بقدر العربون، وإنما هو يقدر طبقاً للقواعد العامة بحسب جسامة الضرر[2].

رابعاً: النيابة فى التعاقد

- التعريف بالنيابة وأنواعها:

الأصل أن يقوم الشخص بنفسه بإبرام ما يحتاج من عقود، لكن قد تحول الظروف دون ذلك، كبعده أو غيبته أو قلة تجربته وخبرته أو كثرة أعماله وانشغاله، فلا مناص فى هذه الحالات من ضرورة قيام شخص آخر غيره بإبرام هذه العقود نيابة عنه. كما أنه قد يكون الشخص عديم الأهلية أو ناقصها، وبالتالى يحتاج إلى من يقوم بالنيابة عنه فى إبرام ما يحتاج من تصرفات قانونية. ولذلك نجد أن النيابة فى التعاقد قد فرضتها مقتضيات الحياة العملية لأنها تيسر قضاء مصالح الناس وحاجاتهم.

ولو نظرنا إلى جميع حالات النيابة نجد أن جوهرها يتلخص فى أن نتائج تصرف النائب تقع مباشرة فى ذمة الأصيل على وجه الاقتصار.

هذه الخاصية البارزة فى النيابة فى القوانين الحديثة لم يكن مسلماً بها عند فقهاء الرومان على إطلاقها، بل إن القاعدة فى القانون الرومانى كانت انتفاء الأثر المباشر وكان الاستثناء هو وقوعه فى حالات معينة. ثم تطور القانون الرومانى فأعطى

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٨٠ ص١٤٩

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٨٠ ص١٤٩، شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٢٠٧ ص٣٢٨

الغير المتعاقد مع النائب دعوى قبل الأصيل بجانب دعواه قبل النائب اللهم إذا كانت النيابة قانونية (كنيابة الوصى والقيم) فقد كان للنائب فى هذه الصورة دفع يدفع به دعوى الغير ضده بحيث لم يكن للغير أن يرجع إلا على الأصيل فكانت النيابة فى هذه الصورة نيابة كاملة ذات أثر مباشر[1].

تعريف النيابة: وعلى ذلك فالنيابة فى التعاقد هى إبرام شخص يسمى النائب عملاً قانونياً لحساب شخص آخر وباسمه يسمى الأصيل، بحيث ينتج هذا العمل القانونى آثاره مباشرة فى ذمة الأصيل[2].

أنواع النيابة: وتنقسم النيابة من حيث مصدرها، أى المصدر الذى يستمد منه النائب سلطته، إلى نيابة إرادية أو اتفاقية، ونيابة قانونية.

والنيابة الإرادية أو الاتفاقية هى التى يختار فيها الأصيل شخص النائب ويحدد نطاق سلطته وذلك من خلال العقد المبرم بينهما. والعقد الذى يؤدى إلى تحقيق هذا الغرض عادة هو عقد الوكالة. لكن قد يتحقق ذلك عن طريق عقد آخر كعقد العمل، وهذا ما نصادفه غالباً بالنسبة للباعة فى المحلات التجارية والذين يستمدون سلطتهم، فيما يبرمونه من عقود بالنيابة عن صاحب العمل، من عقد العمل الذى تم به استخدامهم.

أما بالنسبة للنيابة القانونية، فنجد أن النيابة فى هذه الحالة مفروضة فرضاً على الأصيل دون اعتداد بإرادته. ويتحدد نطاق سلطة النائب القانونى طبقاً لنصوص القانون. وفى هذه الحالة قد يحدد القانون شخص النائب بطريق مباشر، كما هو الحال فى ولاية الأب على الصغير، وفى نيابة الدائن عن مدينه فى استعمال حقوقه بالدعوى غير المباشرة، وقد يكتفى القانون بتحديد الشروط الواجب توافرها فى النائب ويترك أمر اختياره للقاضى كما هو الحال فى الوصى والقيم ووكيل التفليسة[3].

---

(١) انظر جمال مرسى بدر، النيابة فى التصرفات القانونية، ١٩٨٠، الهيئة المصرية العامة للكتاب، فقرة ٤ ص١٣.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٨١ ص١٥٠.

(٣) انظر فى الوصاية نقض ١٩٧١/٢/١٦ س٢٢ ص١٧٩.

وبعد هذا العرض السريع لفكرة النيابة وأنواعها نتولى الآن بسط شروطها وآثارها، ثم نبين حكم تعاقد النائب مع نفسه.

١ - شروط النيابة:

يشترط لكى يتحقق وجود النيابة ثلاثة شروط:

أولاً: حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل. **ثانياً**: تعاقد النائب باسم الأصيل لا باسمه. **ثالثاً**: تعاقد النائب فى الحدود المرسومة للنيابة.

الشرط الأول: حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل:

هذا الشرط يكشف جوهر النيابة وهو قيام شخص مقام آخر فى إجراء التصرف. فالذى ينشئ التصرف هو النائب، ولذلك فإن التصرف يتم بإرادة النائب نفسه لا بإرادة الأصيل. وطالما أن النائب يبرم التصرف بإرادته بصفته نائباً وليس بصفته الشخصية، فإن معنى ذلك أن آثار هذا التصرف لا تلحق النائب ولا تمر بذمته. وإنما تنصرف مباشرة إلى ذمة الأصيل.

ويترتب على ما سبق أن النائب يتميز عن الرسول. فالرسول على عكس النائب لا دخل لإرادته فى إبرام العقد وإنما يقوم بمجرد نقل إرادة أحد طرفى العقد إلى الطرف الآخر شأنه فى ذلك شأن الرسالة المكتوبة. فعمل الرسول عمل مادى لأنه يقتصر على نقا إرادة المرسل ولم يعبر عن إرادته هو. ويترتب على ذلك عدة نتائج.

أولاً: أن فى التعاقد الذى يتم بواسطة رسول يتم العقد بإرادة المرسل لا بإرادة الرسول، وذلك على عكس التعاقد بطريق النيابة حيث إن العقد يتم بإرادة النائب لا بإرادة الأصيل.

ثانياً: أن التعاقد عن طريق رسول يعتبر تعاقداً بين غائبين حتى ولو جمع الرسول والمتعاقد الآخر مجلس واحد لأن دور الرسول هو نقل الإرادة لا التعبير عن الإرادة، وذلك على عكس التعاقد بطريق النيابة فإنه يعتبر تعاقداً بين حاضرين متى جمع النائب والمتعاقد الآخر مجلس واحد.

ثالثاً: أن ما يقوم به الرسول هو نقل الإرادة، وهذا عمل مادى محض، وبالتالى

فإن إرادة الرسول ليست محل اعتبار فى التعاقد بحيث إنه يمكن أن يكون عديم الإرادة، مجنوناً أو صبياً غير مميز، ولن يمنع هذا من انعقاد العقد ما دام قد قام بنقل الإرادة التى كلف بنقلها كما هى. وعلى العكس من ذلك فى التعاقد عن طريق النيابة فإن العقد ينعقد بإرادة النائب وإن كانت تنصرف إلى الأصيل، ولذلك يشترط فى النائب أن يكون له إرادة يعتدّ بها القانون، أى يكفى أن يكون مميزاً ولا يلزم أن يكون كامل الأهلية.

رابعاً: فى التعاقد بواسطة رسول يتم العقد بإرادة المرسل لا بإرادة الرسول، وبالتالى فإن هذه الإرادة، وليست إرادة الرسول هى التى تكون محل اعتبار عند النظر فيما يشوبها من عيوب. أما فى التعاقد عن طريق النيابة، فإنه بالنسبة لعيوب الإرادة فينظر فيها، كأصل عام، إلى إرادة النائب لا إرادة الأصيل. وعلى ذلك إذا أبرم النائب العقد تحت تأثير غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال، كان العقد قابلاً للإبطال، ولو لم تكن إرادة الأصيل مشوبة بأى عيب، كما أن العقد يكون قابلاً للإبطال لمصلحة المتعاقد مع النائب إذا وقع هذا المتعاقد فى غلط أو كان ضحية تدليس أو إكراه أو استغلال من جانب النائب[1].

أما بالنسبة للعلم أو الجهل ببعض الظروف الخاصة التى لها تأثير فى التعاقد فإن شخص النائب، كأصل عام، لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر فى أثر العلم أو الجهل بها فى التعاقد. وعلى ذلك فإذا اشترى النائب شيئاً وهو يعلم بما فيه من عيب خفى فإنه لا يجوز للأصيل أن يرفع دعوى ضمان العيوب الخفية على البائع محتجاً بجهله بوجود العيب الخفى حيث أن العبرة فى هذه الحالة بإرادة النائب لا بإرادة الأصيل. وكذلك إذا تعاقد النائب مع مدين معسر وهو يعلم بحالة إعساره، فإنه يجوز للدائنين الطعن فى هذا العقد بالدعوى البوليصية متى أثبتوا تواطؤ النائب ولو كان الأصيل حسن النية[2].

(١) انظر عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، ص٢٣ ص١٠٢، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٨٥ ص١٥٦، ١٥٧.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٨٥، ص١٥٧، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٧٣ ص١٠٣.

على أن قاعدة الاعتداد بشخص النائب وحده بالنسبة لعيوب الإرادة أو العلم أو الجهل ببعض الظروف الخاصة والتى لها أثر فى التعاقد، ليست قاعدة مطلقة، وذلك راجع إلى أن مبنى هذه القاعدة أن العقد ينعقد بإرادة النائب وحده. وعلى ذلك فإذا ثبت أن النائب لم يكن له القول الفصل فيما يبرمه من عقود وإنما كان يخضع فى ذلك لتعليمات محددة صدرت له من الأصيل، فإن المنطق يملى الاعتداد بإرادة الأصيل فى هذه الحدود. وتطبيقاً لذلك، فإذا اشترى الوكيل شيئاً معيناً بالذات حدده له موكله، وكان الموكل يعلم بما فيه من عيب، فلا يجوز له أن يرجع على البائع بدعوى ضمان العيوب الخفية، حتى ولو كان الوكيل حين أبرم العقد يجهل وجود هذا العيب. وكذلك لو أصدر الموكل إلى وكيله تعليمات بالتعاقد مع شخص معين بالذات الموكل يعلم أنه معسر، كان لدائنى هذا الشخص الطعن فى هذا العقد بالدعوى البوليصية، متى أثبتوا تواطؤ الأصيل، ولا يجدى الموكل، فى هذه الحالة، أن يتمسك بحسن نية الوكيل(١).

أما فيما يتعلق بأهلية النائب والأصيل فإنه يجب التفرقة بين النيابة الاتفاقية والنيابة القانونية. ففى النيابة الاتفاقية فإن النائب يبرم العقد بإرادته هو لا بإرادة الأصيل، ولذلك يكفى فيه التمييز، ولا يلزم أن تتوافر لديه الأهلية اللازمة للعقد الذى يتولى إبرامه، وذلك لأن العقد الذى يبرمه لا يلزم النائب وإنما يلزم الأصيل، والنتيجة المنطقية لذلك أنه يلزم أن يتوافر لدى الأصيل الأهلية اللازمة للعقد الذى أبرمه النائب عنه. إذ إليه تنصرف آثاره.

أما فى النيابة القانونية فنجدها، فى أغلب صورها مفروضة على الأصيل فرضاً، ولذلك لا يشترط أن تتوافر فيه أهلية ما، بل إن النيابة القانونية، فى كثير من حالاتها، إنما تتقرر بالذات بسبب نقص الأهلية أو انعدامها لدى الأصيل. وغالباً ما يشترط القانون فى النائب القانونى أن يكون كامل الأهلية، حيث إنه غالباً ما يقوم بتصريف

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٨٥ ص١٥٧، ١٥٨، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٧٣ ص١٠٣، ١٠٤، وانظر نص المادة ١٠٤ من التقنين المدنى المصرى، المقابلة لنص المادة ١٠٥ مدنى سورى (مطابق)، ونص المادة ١٠٤ مدنى ليبى (مطابق) ونص المادة ١١١ من القانون الأردنى، ونص المادة ٥٦ من القانون الكويتى.

أمور المشمول بالرعاية، وهو الأصيل[1]. (انظر القانون رقم ١١٩ سنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال، م٢ بالنسبة للولى، م٢٧ بالنسبة للوصى، م٦٨ بالنسبة للقيم، م٧٤ بالنسبة لوكيل النائب).

الشرط الثاني: تعاقد النائب باسم الأصيل لا باسمه

إذا كان النائب يبرم العقد بإرادته هو لا بإرادة الأصيل، إلا أنه يبرم هذا العقد باسم الأصيل ولحسابه لا باسمه هو، ولذلك فإن آثار هذا العقد تنصرف إلى الأصيل لا إلى النائب.

• ويقصد بهذا الشرط أن يقوم النائب بإبرام التصرف بصفته نائباً عن الأصيل. ويتحقق هذا الشرط إذا كان لدى النائب والمتعاقد معه نية توجيه آثار العقد إلى الأصيل مباشرة. ولما كانت هذه النية أمراً نفسانياً باطنيّاً فإنه لا يكفى أن تتوافر هذه النية، وإنما يلزم أن يكشف عنها النائب لمن تعاقد معه. فإن لم يكشف النائب للمتعاقد معه عن هذه النية فإن آثار العقد لا تضاف مباشرة إلى ذمة الأصيل بل تضاف إلى ذمة النائب شخصياً.

وعلى ذلك فإن لم تتحقق النية المشتركة فى توجيه آثار العقد إلى الأصيل. فإن آثار العقد تقتصر على عاقديه، ولو أن أحدهما يعمل فى الحقيقة لحساب شخص ثالث[2] ويمكن أن نصادف ذلك فى حالتين:

الحالة الأولى: حالة الاسم المستعار "prête-nome" ويكون ذلك إذا وكل شخص آخر فى أن يبرم لحسابه ولكن دون ذكر اسمه فى التعاقد. فيقوم الوكيل بإبرام العقد دون أن يكشف للطرف الآخر عن صفته ويبرم العقد باسمه الخاص، فلا يكون هناك نيابة حيث لم تتوافر نية توجيه آثار العقد مباشرة إلى الموكل، ويضاف أثر

---

(١) انظر عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٧٥ ص١٠٤، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٨٥ ص١٦٠.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٨٦، ص١٦١. وتنص المادة ٧٩ موجبات وعقود لبنانى على أنه: «إذا عاقد الوكيل باسمه وبالأصالة عن نفسه، كانت له الحقوق الناشئة من العقد، ويبقى مرتبطاً مباشرة تجاه الذين عاقدهم كما لو كان العمل يهمه وحده دون الموكل وإن يكن الذين عاقدهم قد عرفوه شخصاً مستعاراً أو وسيطاً يشتغل بالعمالة (بالعمولة).

العقد، فى هذه الحالة إلى الوكيل ويصبح طرفاً فى العقد مع المتعاقد الآخر مع ما يترتب على ذلك من آثار. لكن تبقى العلاقة الأخرى بين الموكل والتى تجد مصدرها فى عقد الوكالة، والتى بمقتضاها يستطيع كل منهما الرجوع عن الآخر، فيقوم الوكيل بنقل آثار العقد الذى أبرمه باسمه إلى الموكل تنفيذاً لعقد الوكالة، ويقوم الموكل بتعويض الوكيل عما أنفقه فى سبيل إبرام هذا العقد وتنفيذه[1].

الحالة الثانية: حالة الوكالة بالعمولة، وهذه أيضاً حالة من حالات الوكالة غير النيابية ذلك لأن الوكيل بالعمولة وهو يقوم بإبرام العقود لحساب موكليه لا يتعاقد باسمهم وإنما باسمه الخاص، فينصرف إليه هو آثار هذه العقود.

• ومع ذلك إذا كانت القاعدة فى هذا الصدد توجب أن يفصح النائب للمتعاقد معه عن صفته كنائب، إلا أن هذا الإفصاح لا يكون ضرورياً فى حالتين:

الأولى: إذا كانت ظروف الحال تفترض حتماً علم المتعاقد مع النائب بوجود النيابة رغم عدم إفصاح النائب عن صفته (م١٠٦ مدنى مصرى). ومثال ذلك أن يذهب شخص إلى محل تجارى ليشترى سلعة معينة، فيفترض فيه العلم بأن العامل الذى يقوم بالبيع له إنما هو نائب عن صاحب العمل.

الثانية: إذا كان يستوى عند الغير أن يتعامل مع الأصيل أو النائب (م١٠٦ مدنى مصرى)، فصاحب المحل التجارى الذى يتقدم له شخص للشراء يستوى عنده أن يكون هذا الشخص أصيلاً عن نفسه أو نائباً عن غيره، ولذلك تضاف آثار البيع إلى الأصيل مباشرة ولو كان صاحب المحل يجهل النيابة[2].

الشرط الثالث: تعاقد النائب فى الحدود المرسومة للنيابة:

• إن النائب يستمد سلطته فى إبرام التصرفات باسم الأصيل ولحسابه من الاتفاق أو من القانون. وعلى ذلك فإن النيابة مقيدة بحدود معينة حددها القانون أو عينتها

---

(١) انظر نقض ١٩٦٤/١١/٢٦ س١٥ ص١٠٧٣، ١٩٧٠/٥/٢٨ س٢١ ص٩٣٣.

(٢) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٤٩ ص ٦٢ عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٧٦، ص١٠٦. وهذا النص لا مقابل له فى القانون اللبنانى وإن كان يمكن الأخذ بحكمه طبقا للقواعد العامة.

إرادة الأصيل. ويلزم لاعتبار التعاقد حاصلاً بطريق النيابة، زمن ثم انصراف آثاره إلى الأصيل، أن يكون النائب أبرمه بإرادته ولكن باسم الأصيل ولحسابه وأن يكون هذا التصرف قد تم فى حدود سلطة النيابة الممنوحة له. فإذا خرج النائب عن حدود نيابته فإن أى تصرف يبرمه النائب لا يلزم الأصيل، بمعنى أن العقد لا ينتج أثره بالنسبة للأصيل، ويقع غير نافذ فى مواجهته ما لم يقره الأصيل.

وعلى ذلك إذا جاوز النائب حدود النيابة كما حددها القانون أو الاتفاق، كان العقد الذى يبرمه النائب غير نافذ فى مواجهة الأصيل. لكن التساؤل الذى يمكن أن يثور فى الذهن هو أنه إذا كان العقد غير نافذ فى مواجهة الأصيل، أى لا يرتب أثراً بالنسبة له، فهل تضاف آثار هذا العقد إلى النائب؟

الإجابة على هذا التساؤل بالقطع تكون بالنفى وذلك لأن إرادة الطرفين، النائب والمتعاقد معه، لم تتجه إلى إنشاء الحقوق والالتزامات فى ذمة النائب، بل إن إرادتهما قد اتجهت إلى ترتيب تلك الآثار فى ذمة الأصيل نفسه، فالفرض أن النائب قد تعاقد باسم الأصيل ولحسابه على النحو السابق بيانه.

وقد يتبادر أيضاً إلى الذهن التساؤل الآخر، وهو هل العقد الذى أبرمه النائب خارج نيابته يقع باطلاً أو قابلاً للإبطال؟

والإجابة على هذا التساؤل بالقطع تكون أيضاً بالنفى وذلك لأن الذى أبرمه النائب خارج حدود نيابته استجمع أركانه وشروط صحته وبالتالى يكون قد انعقد صحيحاً، ولكنه مع ذلك لا يرتب أثراً فى ذمة الأصيل حيث إنه تم خارج حدود النيابة المخولة للنائب.

وقد حان الآن وقت السؤال الطبيعى وهو، ما هو مصير هذا العقد الذى أبرمه النائب خارج حدود نيابته؟ وللإجابة على هذا السؤال نقول إنه ليس أمامنا إلا أحد مخرجين:

الأول: هو أن يقر الأصيل هذا العقد. فيترتب على هذا الإقرار أن يصبح العقد نافذاً فى حق الأصيل، وبالتالى ينتج آثاره فى ذمته من وقت إبرامه. والإقرار تصرف قانونى بالإرادة المنفردة يرد على العقد غير النافذة فيجعله نافذاً ومرتباً لآثاره فى ذمة

المقر. فالإقرار لا ينشئ عقداً جديداً بين الأصيل والمتعاقد مع النائب، بل هو يرد على عقد تم إبرامه من قبل بإرادة النائب ولكن خارج حدود نيابته.

وعلى ذلك فإن للإقرار أثراً رجعياً، أى يجعل العقد نافذاً ومرتباً لآثاره من وقت إبرامه لا من وقت الإقرار. على أن الأثر الرجعى للإقرار يقتصر على العلاقة بين الأصيل المقر والمتعاقد الآخر، ولا يتعداهما إلى أى شخص آخر يكون قد تلقى من الأصيل قبل الإقرار حقاً يؤثر فيه الأثر الرجعى للإقرار. فإذا كان الأصيل قبل الإقرار، قد رتب حقاً عينياً لدائنه على الشئ محل البيع الذى إبرمه النائب متجاوزاً حدود نيابته، فإن إقرار الأصيل لهذا العقد لا يؤثر على الحق الذى تقرر لدائنه قبل الإقرار وينتقل الشئ إلى المتعاقد الآخر محملاً بهذا الحق.

وإقرار الأصيل قد يكون صريحاً أو ضمنياً ، ويستخلص الإقرار الضمنى بوجه خاص من تنفيذ الأصيل للعقد مع علمه بمجاوزة النائب فيه حدود نيابته. وقد يستفاد الإقرار من مجرد السكوت، طبقاً للقواعد العامة، إذا كان هذا السكوت ملابساً[1].

الثانى: هو إذا لم يقر الأصيل هذا العقد، فلا يكون أمام المتعاقد مع النائب سوى الرجوع على النائب نفسه بالتعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء اطمئنانه إلى نفاذ العقد فى حق الأصيل، هذا ما لم يكن يعلم بمجاوزة النائب حدود النيابة أو كان ينبغى عليه أن يعلم بذلك[2] ، ورجوع المتعاقد مع النائب على النائب يكون على أساس المسؤولية التقصيرية، حيث لا يوجد بينهما أى علاقة عقدية.

• هذه هى القاعدة فى خصوص حكم تجاوز النائب لحدود نيابته. ومع ذلك فإن هناك حالات ينفذ فيها تصرف النائب فى مواجهة الأصيل رغم انتفاء النيابة أو تجاوز النائب حدودها. وهذه الحالات يجمعها جامع مشترك وهو فكرة النيابة الظاهرة وحماية الغير حسن النية[3]. ويمكن إجمال هذه الحالات فيما يلى:

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٨٧، ص١٦٦، وانظر فى تطبيق ذلك م ٧٨٨ موجبات وعقود لبنانى.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٨٧ ص١٦٧.

(٣) وكانت محكمة النقض قد تنكرت لنظرية الأوضاع الظاهرة فى حكمها فى ١٩٨٢/٥/٢٧ =

الحالة الأولى: إذا كان الغير، بسبب خطأ الأصيل أو إهماله، قد اعتقد بحسن النية أن النائب كان يتصرف فى حدود سلطاته كنائب، وهذه الحالة تفترض وجود مظهر خارجى من فعل الأصيل يمكن نسبته إليه جعل الغير يعتقد بحسن نية بأن النائب يتعامل فى حدود نيابته ومن أمثلة ذلك:

– وجود غموض فى عبارات التوكيل جعل الغير يعتقد بحسن نية بأن تصرفاً معيناً يدخل فى حدود سلطات النائب.

– أو أن يكون العقد الذى قام به النائب، متجاوزاً به حدود سلطته كما حددها الأصيل، من العقود التى تدخل عادة فى سلطات من يقوم بمثل عمله ولم يكن الأصيل قد أعلن بطريقة كافية ما فرضه على سلطة نائبه من قيود خاصة تخرج عن المألوف.

– أو أن يترك الأصيل سند النيابة فى يد النائب بعد انتهاء النيابة.

وفى مثل هذه الحالات ينفذ تصرف النائب فى حق الأصيل رغم مجاوزته حدود النيابة، وذلك رعاية لحسن نية الغير وحماية للأوضاع الظاهرة وذلك تحقيقاً لاستقرار المعاملات. والمجال الطبيعى لهذه الحالات هو النيابة الاتفاقية بطبيعة الحال.

الحالة الثانية: إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معاً وقت العقد انقضاء النيابة، ففى هذه الحالة نجد أن أثر العقد الذى يبرمه النائب ينصرف إلى الأصيل، أو خلفائه. ونفاذ العقد فى حق الأصيل فى هذه الحالة يقوم على أساس حماية الغير حسن النية الذى يستند حسن نيته إلى النيابة السابقة، والتى كان الظاهر يؤيد استمرارها، وذلك تحقيقاً لاستقرار المعاملات.

ويشترط لنفاذ التصرف الذى أبرمه النائب فى حق الأصيل فى هذه الحالة أن يجهل النائب والمتعاقد معه، وقت إبرام العقد، انقضاء النيابة. فإذا كان النائب يعلم

=س٣٣ ص٥٩٣، ١٩٨٣/٦/١٦ الطعن ٤٢٠ لسنة ٤٦ق إلا أن الهيئة العامة لمحكمة النقض قد أكدت هذه النظرية بقوة فى حكمها الصادر فى ١٩٨٦/٢/١٦ س٣٣ ص٦٣٩ ثم تواترت أحكامها على ذلك انظر نقض ١٩٨٨/٥/٢ الطعن ٧٢٧ لسنة ٥١ق، ١٩٨٩/١٢/٢٨ الطعن ١٩٧٤ لسنة ٣دق، ١٩٩١/٤/١١ الطعن ١٥٣٣ لسنة ٥٥ق.

بانتهاء النيابة فلا يجوز للغير، حتى لو كان حسن النية، أن يرجع على الأصيل بشيء[1]. إذ في هده الحالة لا يمكن نسبة أى تقصير إلى الأصيل يمكن مساءلته عنه. ولا يبقى أمام المتعاقد مع النائب، ما دام حسن النية، أن يرجع على النائب نفسه ليطالبه بالتعويض لأن إقدامه على العقد مع علمه بانتهاء نيابته يعتبر منه عملاً خاطئاً يستوجب المسؤولية[2].

٢ - آثار النيابة

إذا تم التعاقد بطريق النيابة، وتوافرت الشروط السابق بيانها، فإن التصرف الذى يقوم به النائب يرتب آثاره مباشرة فى ذمة الأصيل دون أن يمر بذمة النائب. ولذلك يجب أن نوضح آثار النيابة سواء بالنسبة للأصيل أو بالنسبة للنائب أو بالنسبة للمتعاقد مع النائب.

أ- آثار النيابة بالنسبة للأصيل: إن الأثر الجوهرى للنيابة هو أن التصرف الذى يبرمه النائب بإرادته يرتب أثره مباشرة فى ذمة الأصيل وعلى وجه الاقتصار، أى دون أن يرتب أدنى أثر فى ذمة النائب.

ويترتب على ذلك أن الحقوق والالتزامات التى تترتب على العقد الذى تم إبرامه بطريق النائب تنصرف مباشرة إلى ذمة الأصيل، دون النائب، ودون حاجة إلى أى إجراء، وبالتالى يصبح الأصيل هو طرف العقد مع المتعاقد مع لنائب. فالنائب ينشئ التصرف ويختفى عند ترتيب التصرف لآثاره.

وهكذا يكون للأصيل أن يطالب المتعاقد الآخر مباشرة بالحقوق التى رتبها العقد الذى أبرمه النائب. وكذلك يجوز لهذا المتعاقد الآخر أن يطالب الأصيل بحقوقه الناشئة عن هذا العقد. وعلى العكس من ذلك فليس للنائب أن يطالب المتعاقد معه بحق من الحقوق التى أنشأها العقد، كما لا يجوز للمتعاقد مع النائب أن يطالبه بشئ من ذلك.

---

(١) نقض ١٩٦٣/٥/٣٠ س١٤ ص٧٥٩.

(٢) عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٨٠ ص١١١.

خلاصة القول أن مقتضى النيابة وجوهرها هو أن آثار العقد الذى يبرمه النائب تنصرف مباشرة إلى الأصيل، الذى يعتبر كما لو كان هو الذى أبرم العقد بذات نفسه[1].

ونظراً إلى أن آثار العقد الذى أبرم بطريق النيابة تضاف إلى الأصيل مباشرة، فإن أهلية التعاقد يجب أن تتوافر فى شخص الأصيل لا فى شخص النائب على النحو السابق بينه. وكذلك يجب الاعتداد بشخص الأصيل لا النائب فيما يتعلق بأهلية الوجوب، أى الصلاحية لاكتساب الحق الذى يرتبه العقد، وفى تحديد طبيعة العقد المدنية أو التجارية.

ب- آثار النيابة بالنسبة للنائب: إن أهم سمات النيابة من الناحية الفنية أن العقد يتم بإرادة النائب دون أن يلزمه بشئ. فالنائب هو الذى ينشئ التصرف ولكنه يختفى تماماً عند ترتيب التصرف لآثره. فلا يصح للنائب أن يتمسك بآثار العقد الذى أبرمه بصفته الشخصية لأن العقد يعتبر قائماً بين الأصيل والمتعاقد الآخر، وليس بين هذا الأخير والنائب.

وعلى ذلك فليس للنائب ولا للمتعاقد معه سبيل للرجوع لأى منهما على الآخر وفى خصوص ما ينشئه العقد من حقوق والتزامات إلا إذا كانت نيابة شاملة لتنفيذ العقد بالإضافة إلى إبرامه، وحتى فى هذه الحالة الأخيرة فإن النائب عندما يطالب المتعاقد معه بحق من الحقوق الناشئة عن العقد، يوجه هذه المطالبة باسم الأصيل لا باسمه شخصياً. وإذا ما طالب المتعاقد معه بأى حق من الحقوق الناشئة عن العقد فإنه يلجأ إلى الإجراءات القانونية فى مواجهة النائب، بصفته نائباً، لا بصفته مسؤولاً شخصياً عن ذلك، إذ المسؤول عنها هو الأصيل ذاته.

كما أنه من المنطقى أيضاً أن العقد الذى أبرمه النائب لا ينشئ على عاتقه أى التزام، وبالتالى لا يكون للغير سوى الرجوع على الأصيل. على أن النائب قد يقع منه بمناسبة إبرام العقد خطأ يترتب عليه ضرر بالمتعاقد معه، فيكون مسؤولاً، بطبيعة الحال، عن تعويضه طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية.

(١) نقض ١٩٨١/١٢/٢٧ س٣٢ ص٢٤٣٧

ومثال ذلك عندما يتجاوز النائب حدود نيابته ويترتب على ذلك عدم نفاذ التصرف فى حق الأصيل، ودون أن يصدر منه إقرار لهذا التصرف.

جـ- آثار النيابة بالنسبة للغير: يتعاقد الغير مع النائب ولكنه يرتبط بالعقد مع الأصيل، ويصبح كل منهما طرفاً فى هذا العقد. ويستطيع الغير أن يتعامل مع الأصيل كما لو أنه قد أبرم العقد مع الأصيل ذاته. وبالتالى له أن يطالب الأصيل بكافة الحقوق الناشئة من العقد ودون أن يكون له الحق فى الرجوع على النائب الذى تعاقد معه إلا إذا كان نائباً أيضاً عن الأصيل فى تنفيذ العقد أو كان كفيلاً له. كما له الرجوع على النائب إذا صدر منه خطأ فى حقه أثناء التعاقد على النحو السابق بيانه. وفى غير ذلك من الحالات لا علاقة له بالنائب وكل علاقته تكون مع الطرف الآخر فى العقد الذى أبرمه مع النائب وهو الأصيل.

٣- تعاقد الشخص مع نفسه

إن الصورة المألوفة فى التعاقد هو وجود طرفين على الأقل فى العقد. حيث أن العقد يتم بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين. ولكن قد يحدث أن يقوم شخص واحد بإبرام العقد وهذا ما يسمى تعاقد الشخص مع نفسه contrat avec soi même وفى هذا العقد يقوم شخص بدور طرفى العقد فى التعبير عن إرادتهما، وهذا ممكن من الناحية الفنية.

أ- صور تعاقد الشخص مع نفسه: يتمثل تعاقد الشخص مع نفسه فى الواقع العملى فى صورتين:

الصورة الأولى: وهى أن يتعاقد الشخص أصيلاً بنفسه ونائباً عن غيره. مثال ذلك يوكل شخص آخر فى بيع شئ مملوك له فيشتريه الوكيل لنفسه.

الصورة الثانية: وهى أن يتعاقد شخص بصفته نائباً عن طرفى العقد. مثال ذلك أن يوكل شخص آخر فى بيع منزل فيشتريه لشخص آخر يكون قد وكله فى شرائه.

ففى هاتين الصورتين نجد أن شخصاً واحداً يقوم بإبرام العقد، وذلك بالتعبير عن إرادة الطرفين وبالتالى فليس هناك اعتراض من الناحية الفنية.

ولكن ما يثور من اعتراض يتعلق بالناحية العملية، حيث إن القاعدة أن النائب يقوم بالعمل على رعاية مصالح الأصيل وبالتالى كيف يتسنى له ذلك فى هاتين الصورتين؟ ففى الصورة الأولى أليس من المتصور أن يميل إلى مصلحته دون مصلحة الأصيل؟ وفى الصورة الثانية، كيف يوفق ويحمى المصالح المتعارضة للطرفين اللذين ينوب عنهما؟

ب- موقف التشريعات: وللاعتبارات العملية السابقة قد تباينت مواقف التشريعات، فمنها من أباح، كقاعدة عامة، تعاقد الشخص مع نفسه، ومنعه استثناءً كالقانون الفرنسى، والقانون السويسرى والقانون الإيطالى والقانون البلجيكى واللبنانى[1]. ومنها من منعه، كقاعدة عامة، وأجازة استثناءً، من ذلك القانون الألمانى والمشروع الفرنسى الايطالى، ومعظم التشريعات العربية.

وما يهمنا بيانه هو موقف التشريعات العربية، حيث إن الأصل هو منع تعاقد الشخص مع نفسه. ومع ذلك أوردت هذه التشريعات عدة استثناءات تقوم على أساس انتفاء العلة من المنع، وفى ذلك نصت المادة ١٠٨ مدنى على أنه «لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل، على أنه يجوز للأصيل فى هذه الحالة أن يجيز التعاقد. كل هذا مع مراعاة ما يخالفه، مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة»[2] وعلى ذلك يكون المشرع قد استثنى ثلاث حالات من هذا الحظر وهى على النحو الآتى:

الحالة الأولى: إذا وجد نص فى القانون يجيز ذلك وهذا بطبيعة الحال أمر

---

(١) فقد نصت المادة ٣٧٨ موجبات وعقود على الحالات التى تمنع تعاقد الشخص مع نفسه ومع ذلك يمكن القول إنه لا يجوز تعاقد النائب كأصيل عن نفسه إلا إذا رخص له بذلك فإذا تعاقد مع نفسه فى غير حالة التصريح له بذلك يكون النائب قد تجاوز حدود نيابته ولا ينفذ العقد فى حق الأصيل إلا إذا أقره. انظر إسماعيل غانم، المحاضرات السابقة الإشارة إليها ص١١٢ فى النيابة القانونية فيتعين الرجوع إلى النصوص المنشئة للنيابة، فإن لم تفصح عن حكم تعاقد النائب مع نفسه فإن الأصل إباحة هذا التعاقد فى القانون اللبنانى نفس المرجع نفس الموضع

(٢) انظر نقض ١٩٦٣/١٢/١٩ س١٤ ص١١٧٣

بديهي، حيث إن المشرع وضع القاعدة ويجوز له الخروج عليها عند انتفاء العلة من تقريرها. ومن ذلك مثلاً نص المادة ١٤ من قانون الولاية على المال في مصر، والتي تقضي بأن «للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء كان لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، إلا إذا نص القانون على غير ذلك» وهذا النص يحصر الاستثناء في الأب فقط، وذلك لأن الأب يخاف على مصلحة ابنه أكثر من مصلحته، فتنتفي بالتالي العلة من تحريم تعاقد الشخص مع نفسه.

الحالة الاستثنائية الثانية: إذا رخص الأصيل أو من يقوم مقامه بذلك. وهذا الاستثناء أيضاً منطقي، حيث إن علة تعاقد الشخص مع نفسه هي رعاية مصلحة الأصيل، فإذا كان الأصيل قد قدر أن في تعاقد الشخص مع نفسه في خصوص مال يملكه يحقق مصالحه، فهو أقدر على تقدير ذلك. كما أن للأصيل أن يقر التصرف بعد تمامه فإن له من باب أولى أن يرخص به قبل إبرامه. والإذن يصدر من الأصيل، أو من يقوم مقامه في بعض الأحوال، كالمحكمة حيت ترخص للوصي أن يؤجر مال القاصر لنفسه، أو حين يرخص للولي أن يتصرف في عقار القاصر لنفسه أو في أن يقترض من مال القاصر.

الحالة الاستثنائية الثالثة: إذا قضت قواعد التجارة بإجازة تعاقد الشخص مع نفسه. ومن ذلك مثلاً جواز مباشرة الوكيل بالعمولة عقد البيع عن طرفيه معاً وفقاً لقواعد القانون التجاري.

جـ- حكم تعاقد الشخص مع نفسه في غير الحالات الاستثنائية: إذا تعاقد الشخص مع نفسه في غير هذه الحالات الاستثنائية، فإنه يكون مجاوزاً لحدود نيابته، وبالتالي يكون للعقد غير نافذ في حق الأصيل. ومع ذلك يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يقر التصرف فينفذ في حقه، حيث إن الإقرار اللاحق كالتصريح السابق[1].

---

(١) تنص المادة ٣٧٨ موجبات وعقود لبناني على أن عقد الشراء يقع باطلاً إذا لم يكن بيد النائب ترخيص من القضاء. ويلاحظ على هذا النص أنه قرر البطلان كجزاء خلافاً للقواعد العامة التي تنص بعدم النفاذ. كما أنه لا حاجة لترخيص القضاء بداهة في النيابة الاتفاقية، وإنما يكون الترخيص من الأصيل. وللأصيل في جميع الأحوال أن يقر العقد بعد إبرامه فيصير نافذاً.

المطلب الثاني: صحة الرضى

تمهيد وتحديد: أهلية التعاقد وسلامة الإرادة من العيوب

إذا كانت دراستنا في المطلب الأول تنصب على وجود الرضى كركن أساسي لقيام العقد فإنه يلزم الآن دراسة صحة هذا الرضى، حتى يتوفر للعقد صحته واستقراره.

فيجب إذن أن يكون رضى كل من العاقدين رضى صحيحاً. ويكون الرضى صحيحاً إذا صدر عن ذي أهلية وكان خالياً من عيوب الإرادة. فإذا كان الرضى غير صحيح بأن صدر من ناقص الأهلية أو شابه عيب من عيوب الإرادة، كغلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال، فإن العقد رغم انعقاده يكون قابلاً للإبطال[1]، وعلى ذلك فإن إرادة ناقص الأهلية أو من تعيبت إرادته، يتوافر لها مقومات الوجود وترتيب الآثار القانونية، ولكنها تفقد عنصر السلامة أو الصحة. وفي هذا الصدد ستقتصر دراستنا على عيوب الإرادة تفصيلاً. أما بالنسبة للأهلية فنكتفي هنا بالتذكير بمجمل أحكامها على أن نحيل إلى الدراسات التفصيلية لها في نظرية الحق.

إن الإنسان منذ تمام ولادته حياً يكتسب الشخصية القانونية، وهي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات. ويترتب على ثبوت الشخصية القانونية تمتع الشخص بأهلية وجوب. وأهلية الوجوب هي مدى صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات.

أما فيما يتعلق بمباشرة الحقوق وأداء الالتزامات، فإن هذا الأمر يتوقف على قدرة الشخص في ممارسة شخصيته القانونية. وهذه القدرة ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالسن. وهذه هي أهلية الأداء. فأهلية الأداء هي صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته تعبيراً منتجاً لآثاره القانونية، أو بمعنى آخر صلاحية الشخص لصدور التصرفات القانونية منه على وجه يعتد به قانوناً.

---

(١) نقض ١٩٨٣/٢/٢٣ الطعن ١١٦٨ لسنة ٤٨ق.

وتتدرج أهلية الأداء بتدرج السن فيعتبر الشخص فاقد التمييز فى سن قبل السابعة، وهو بعد السابعة وقبل إدراكه سن الرشد يعتبر مميزاً، وتكون له أهلية أداء ناقصة، وأخيراً بإدراكه سن الرشد يكون كامل التمييز، وسن الرشد يحددها القانون بسن معينة، قد تكون ١٨ سنة أو ٢١ سنة وذلك على اختلاف فيما بين القوانين. وتنص المادة ٢/٤٤ مدنى على أن «سن الرشد هى إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة».

لكن لا يكفى أن يبلغ الشخص سن الرشد حتى يكون كامل الأهلية، بل يتعين أن يكون قد بلغ هذه السن وهو متمتع بقواه العقلية ولم يحجر عليه (م١/٤٤ مدنى) وذلك لأنه قد يبلغ الشخص سن الرشد ومع ذلك يعرض لإرادة عارض فينتقصها، كالسفه والغفلة، أو يعدمها كالجنون والعتة. وفى هذه الحالات يشمل القانون هؤلاء الأشخاص برعاية خاصة ويخضعهم لتنظيم معين.

كما قد يكون الشخص كامل الأهلية، أى أنه بالغ لسن الرشد متمتع بقواه العقلية غير محجور عليه ومع ذلك تطرأ ظروف مادية (غيبة) أو قانونية (الحكم بعقوبة جناية) أو طبيعية (عاهة مزدوجة)، تعوقه عن مباشرة التصرفات القانونية بنفسه، أو تعوقه عن مباشرتها منفرداً. وفى هذه الحالات يقرر القانون تعيين شخص آخر يباشر عنه هذه التصرفات أو يقوم إلى جانبه عند مباشرتها.

ونخلص من كل ما تقدم أن الذى يعنينا بصدد دراسة صحة الرضى، حالات نقص الأهلية، لأن نقص الأهلية لا يعدم الرضى ولكن يجعله غير صحيح. وناقصو الأهلية هم، الصبى المميز، والسفيه، وذو الغفلة. (م ٤٦ مدنى)

أما فيما يتعلق بانعدام الأهلية، كالصبى غير المميز والمجنون والمعتوه (م١/٤٥ مدنى)، فإن إرادة هؤلاء لا وجود لها فى نظر القانون، وبالتالى لا تتعلق بصحة الإرادة وإنما تتعلق بوجودها. ولذلك فإن تصرفات هؤلاء الأشخاص تقع، كقاعدة عامة، باطلة بطلاناً مطلقاً[1]. ويخضع فاقدوا الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لاحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة، بالشروط ووفقا للقواعد المقررة فى القانون» (م٤٧ مدنى)

(١) نقض ١٩٨٣/٢/٢٣ السابق الإشارة إليه

ومما تجدر ملاحظته أن القاعدة أنه يجب أن يتوافر لدى المتعاقد الأهلية اللازمة للعقد المراد ابرامه. وهذه الأهلية تتوقف على نوع هذا التصرف فيما إذا كان نافعاً نفعاً محضا، أو ضاراً ضرراً محضا، أو دائراً بين النفع والضرر.

وعلى ذلك إذا كان الشخص كامل الأهلية - متمتعاً بكامل قواه العقلية غير محجور عليه - ثبتت له قدرة مباشرة هذه التصرفات بأنواعها الثلاثة.

- وإذا كان عديم الأهلية، إمتنع عليه مطلقا مباشرة أى نوع منها.

- وإذا كان ناقص الأهلية، جاز له مباشرة النافع منها نفعا محضا، وامتنع عليه مطلقا مباشرة الضار ضرراً محضا، وتوقفت مباشرته للتصرفات الدائرة بين النفع والضرر وصحتها على إذن أو إجازة من له الولاية عليه أو المحكمة على حسب الأحوال. وأحكام الأهلية تتعلق بالنظام العام حيث أنه «ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل فى أحكامها» (م ٤٨ مدنى) والعبرة بتوافر أهلية المتعاقد وقت إبرام التصرف ولا يؤثر زوالها بعد ذلك فى صحته أو قيامه[٢].

أما بالنسبة لعيوب الإرادة بالمعنى الضيق، أى الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، فإنها تستجيب لفلسفة عامة وهى التوازن بين حماية المتعاقد الذى تعيبت إرادته، وحماية استقرار التعامل، والتى تختلط بمصلحة المتعاقد الآخر. ولذلك يشترط فيها جميعاً أن تكون دافعة للتعاقد. بأن يثبت أن المتعاقد ما كان ليرتضى التعاقد لولا الغلط الذى وقع فيه، أو التدليس الذى خدع به، أو الرهبة التى أثارها الإكراه فى نفسه، أو الاستغلال الذى نتج عنه الغبن الفاحش[١]. كما يشترط فيها أيضاً اتصال المتعاقد الآخر بالعيب الذى عيب الإرادة، وذلك حتى لا يفاجأ هذا المتعاقد بطلب إبطال العقد لسبب لا يعلم عنه شيئاً، أى لمجرد أن المتعاقد قد تعيبت إرادته بعيب دفعه إلى التعاقد.

---

(١) نقض ١٩٨٣/٣/٢٤ الطعن ١١٨٠ لسنة ٤٩ق.

(٢) اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، فقر ٩١ ص ١٧٤

الفرع الأول - الغلط L'erreur

لكى ندرس الغلط يجب أن نعرض أولاً للتعريف بالغلط وتحديد نطاقه، ثم بعد ذلك نعرض لشروط التمسك بالغلط، وأخيراً ندرس جزاء الغلط وعدم جواز التمسك به على وجه يتعارض مع حسن النية.

أولاً: تعريف الغلط وتحديد نطاقه

نعرض هنا لماهية الغلط، ثم على ضوء هذا التعريف نستطيع أن نحدد نطاقه.

١- ماهية الغلط: الغلط هو وهم يقوم فى الذهن فيحمل على الاعتقاد بصحة أمر على خلاف الحقيقة. فهو تصور كاذب للواقع يحمل على إبرام عقد ما كان الشخص يبرمه لو أدرك الحقيقة.

- ومن هنا نجد أن الغلط الذى يعنينا فى دراسة صحة الرضى، هو الغلط الذى يقع فيه المتعاقد حال تكوين إرادته، فهو عيب يصيب الإرادة، فيتوهم أمراً على غير حقيقته فعندئذ تنطلق إرادته إلى إبرام العقد. فمن يشترى تحفة على أنها أثرية ثم يتبين أنها عادية، يتعاقد وقد عاب الغلط إرادته. ومن يشارك شخصاً فى نشاط معين وهو يعتقد أنه خبير بهذا النشاط، ثم يظهر خطأ اعتقاده، يتعاقد وقد عاب الغلط إرادته[(١)].

٢- تحديد نطاق الغلط كعيب فى الإرادة: إن بحثنا هنا يدور حول الغلط الذى يعيب الإرادة دون أن يعدمها وعلى ذلك فإنه يخرج عن نطاق بحثنا ما يلى:

أ- الغلط المانع، أى الغلط الذى يعدم الإرادة ويترتب عليه عدم وجود التراضى أصلاً، وبالتالى عدم قيام العقد. ويتحقق ذلك فى ثلاث صور:

- **الغلط فى ماهية العقد:** كأن يسلم شخص آخر شيئاً على سبيل الوديعة، يعتقد الآخر أنه وهبه إياه.

---

(١) شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٢١٩، ص٣٤٢، ٣٤٣.

– الغلط فى ذاتيـــة المحل: كأن يبيع شخص أحد منزلين يملكهما ويعتقد المشترى أن البيع وارد على المنزل الآخر(1).

– الغلط فى وجود سبب الالتزام: كـمـا إذا اتفق الورثة مع الموصى له على إعطائه مالاً من أموال التركة تنفيذاً لوصية مورثهم، ثم يتضح أن الوصية باطلة أو أن المورث كان قد رجع عنها قبل وفاته(2).

وفى كل هذه الحالات نجد أن الغلط يحول دون قيام العقد لأنه يجرده من ركن التراضى أو من ركن السبب. ففى الحالة الأولى والثانية نجد أن الغلط يمنع من انعقاد العقد لعدم تطابق الإرادتين على طبيعة العقد أو تحديد ذاتية المحل.

أما فى الحالة الثالثة، فإنه قد تحقق التراضى بتوافق الإرادتين، ولكن العقد مع ذلك لا ينعقد لعدم توافر ركن السبب.

– الغلط فى نقل الإرادة: كمن يرسل إلى آخر برقية يحدد فيها الثمن الذى يريد به بيع سلعة، فيقع تحريف فى البرقية يعدل الثمن، فهنا لا تكون بصدد غلط يقع حال تكوين الإرادة وإنما غلط فى نقلها. وفى هذه الحالة فإن العقد لا يتم لعدم تطابق الأرادتين.

ب – الغلط غير المؤثر:

– الغلط المادى أو الغلط الحسابى: فإن الغلط فى مثل هذه الحالات لا يقع حال تكوين الإرادة وإنما يقع بعد تكوينها صحيحة، وإنما ينصب فقط فى عملية الحساب، وهو غلط مادى يجب تصحيحه دون أدنى تأثير على الإرادة.

– وعلى ذلك فإن الغلط يتحدد بالغلط الذى يعيب الإرادة وهو الغلط الذى يقع فيه العاقد حال تكوين إرادته، إذا كانت أركان العقد جميعاً قد توافرت.

– ولكن يبقى التساؤل الهام وهو هل يسمح للمتعاقد الذى وقع فى الغلط أن

(1) ولذلك قد نصت المادة ٢٠٣ موجبات وعقود لبنانى على أنه «إذا وقع الغلط على ماهية العقد أو على حقيقة موضوع الموجب فهو يحول دون إنشاء العقد فيعد العقد كأنه لم يكن».

(2) وقد نصت المادة ١٩٦ موجبات وعقود لبنانى على أن الموجب الذى ... له سبب غير صحيح ... يعد كأنه لم يكن ويؤدى إلى اعتبار العقد الذى يعود عليه غير موجود أيضاً».

يطلب إبطال العقد أياً كان قدر هذا الغلط وأياً كان موقف الطرف الآخر من هذا الغلط؟ وهذا ما يدفعنا إلى الحديث عن شروط التمسك بالغلط. وهذه الشروط تقوم على التوفيق بين مصلحة العاقد الذى وقع فى الغلط من ناحية، وبين ضرورة استقرار التعامل مع ناحية أخرى. فلنعرض الآن لهذه الشروط.

ثانيا: شروط التمسك بالغلط

ويشترط لإمكان التمسك بالغلط توافر شرطين أساسيين: **أولهما**: أن يكون الغلط جوهرياً، **وثانيهما**: اتصال المتعاقد الآخر بالغلط.

الشرط الأول: أن يكون الغلط جوهرياً: ويقصد به أن يكون الغلط قد بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط[1] فمعيار الغلط إذن معيار ذاتى يقتضى تحليل موقف المتعاقد الواقع فى الغلط لتقدير أثر الغلط على موقفه من العقد. ولذلك نجد أن الغلط الجوهرى هو الغلط الذى دفع العاقد إلى التعاقد. وهذا المعيار يقتضى البحث عن نية المتعاقد لمعرفة إلى أى مدى كان الغلط جوهرياً بالنسبة له، أى دافعاً إلى التعاقد، ولا يخفى عن أحد دقة هذا البحث وصعوبته.

ولذلك نجد أن القوانين المختلفة لجأت إلى تعزيز هذا المعيار الذاتى فى الغلط الجوهرى، بضوابط موضوعية تعين على تحديده. ولذلك نجد أن هذه القوانين ذكرت بعض الحالات للغلط الجوهرى لتعين القاضى فى مهمته فذكرت أنه «يعتبر الغلط جوهرياً على الأخص:

«(أ) إذا وقع فى صفة لشئ تكون جوهرية فى اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغى فى التعامل من حسن النية.

---

(١) انظر نص المادة ١/١٢١ من القانون المدنى المصرى، وما يقابلها من نصوص فى التشريعات العربية، انظر نص المادة ١٢١ مدنى سورى (مطابق)، نص المادة ١٢٠ مدنى ليبى (مطابق)، نص المادة ١١٧ مدنى عراقى (موافق)، نص المادة ٢٠٣ موجبات لبنانى (موافق).

(ب) إذا وقع فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد»[1].

فالعبرة إذن بأن يكون الغلط جوهرياً. ويكون كذلك إذا كان هو الدافع الرئيسى إلى التعاقد بحيث لو فطن إليه المتعاقد منذ البداية لما قبل العقد. فليست العبرة إذن بما يرد عليه الغلط، بل العبرة بأثر هذا الغلط فى توجيه الإرادة إلى التعاقد سواء كان هذا الغلط فى صفة للشئ، أو فى شخص المتعاقد، أو فى قيمة الشئ، أو فى الباعث على التعاقد. ولنلقى نظرة على كل نقطة من هذه النقاط.

١- الغلط فى صفة الشئ: يكون جوهرياً إذا كانت هذه الصفة دافعة إلى التعاقد.. ويقدر القاضى هذه الصفة على ضوء ما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغى فى التعامل من حسن النية. من ذلك مثلاً، أن يشترى شخص تحفة أثرية من تاجر تحف بثمن غال، ثم يتبين أنها تحفة عادية، فهنا يمكن الاستدلال على كون التحفة أثرية هى صفة جوهرية دافعة إلى التعاقد، من أن المشترى اتجه إلى تاجر آثار متخصص، ودفع ثمناً مرتفعاً لها. ومن ذلك أيضاً من يشترى سيارة على أنها جديدة لم تستعمل إلا على سبيل التجربة، ثم يتبين أنها استعملت كثيراً، أو من يشترى قماشاً على أنه قابل لأن يغسل ثم يتضح أنه غير قابل لذلك.

٢- الغلط فى شخص المتعاقد: لا يكون جوهرياً إلا إذا وقع فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة دافعاً إلى التعاقد. مثال الغلط فى شخص المتعاقد، كالغلط فى شخص الموهوب له فى عقد الهبة، أو فى شخص الشريك فى عقد الشركة، أو فى شخص العميل فى عقد فتح الاعتماد فى البنك[2].

وقد يكون الغلط فى صفة جوهرية من صفات المتعاقد، كأن يؤَجر شخص مسكناً لسيدة كان المؤجر يعتقد أن سلوكها لا غبار عليه، ثم اتضح أنها كانت

---

(١) انظر نص المادة ٢/١٢١ مدنى مصرى، ١٢١ مدنى سورى، ١٢١ مدنى ليبى، ١١٨ مدنى عراقى، ٢٠٥ لبنانى.

(٢) شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٢٢١، ص٣٤٦

منحرفة، أو يتعاقد شخص مع أحد الفنيين وهو يعتقد أنه يحمل مؤهلاً فيتضح أنه غير خبير بالعمل الذى تعهد به، كمهندس أو رسام مزعوم. أو يؤجر شخص مزرعة لرجل وسيدة كان يظنهما المؤجر زوجين ثم اتضح أنه لا تربطهما سوى علاقة غير مشروعة

٣- الغلط فى قيمة الشئ: يكون جوهرياً إذا كان قد ترتب عليه اختلال فادح، كمن يبرم عقداً بحرياً ويكون حساب سعر النقل فيه على أساس حجم البضاعة أو وزنها طبقاً لما يختاره صاحب السفينة. فلما اختار أن يكون حساب سعر النقل على أساس حجم البضاعة تبين لصاحبها أن هذا السعر يزيد على الحساب على أساس الوزن بثمانية أضعاف. ومن ذلك أيضاً من يبيع لوحة زيتية بثمن بخس، وهو يجهل أنها لفنان كبير وقيمتها باهظة. وكذلك من يبيع سهماً بثمنه العادى جاهلاً أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة. ففى كل هذه الأحوال يجوز لمن وقع فى الغلط أن يطلب إبطال العقد لهذا الغلط الفادح فى القيمة.

٤- الغلط فى الباعث على التعاقد: يكون جوهرياً إذا كان هذا الباعث هو الدافع إلى التعاقد، كمن يشترى سيارة اعتقاداً منه أن سيارته قد هلكت ولم تعد تصلح ثم يظهر له وجود فنيين مهرة يستطيعون إعادتها إلى حالتها الأولى، وكذلك الموظف الذى يستأجر شقة فى مدينة على اعتبار أنه نقل إليها ثم يتبين خطأ اعتقاده. ومن ذلك أيضاً من يتلقى ميراثاً فيشترى عقاراً لكى يغير من ظروف معيشته وفقاً لمركزه المالى الجديد ثم يتضح أن إرثه كان إرثاً ظاهرياً وأن الوارث الحقيقى شخص آخر، أو من يبيع عيناً وهو مريض لاعتقاده أنه فى مرض الموت ثم يشفى من هذا المرض.

على أن طلب إبطال العقد للغلط فى جميع الحالات السابقة مشروط بتوافر الشرط الثانى للغلط، أى أنه لا يكفى أن يكون الغلط جوهرياً، وإنما يلزم كذلك اتصال المتعاقد الآخر بالغلط.

الشرط الثانى: اتصال المتعاقد الآخر بالغلط: والعلة فى تقرير هذا الشرط هو تحقيق استقرار التعامل فهذا الشرط يجنب المتعاقد الآخر المفاجأة بطلب إبطال العقد لا يعلم عن سببه شيئاً، لمجرد أن المتعاقد معه قد وقع فى غلط قد دفعه إلى التعاقد

ولذلك لا يجوز للمتعاقد الذى وقع فى الغلط أن يطلب الإبطال إذا كان قد استقل بهذا الغلط فلم يتصل به المتعاقد الآخر. ويتحقق اتصال المتعاقد الآخر بالغلط، إذا كان قد وقع مثله فى هذا الغلط، أو كان قد علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه[١]. إلا أن ثبوت واقعة الغلط هو مسألة موضوعية يستقل قاضى الموضوع بتقدير الأدلة فيها[٢].

- وعلى ذلك يجوز إبطال العقد للغلط الجوهرى إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى هذا الغلط، كما لو كان كل من المتعاقدين يعتقد أن التحفة أثرية، ثم ظهر أنها عادية، فلو طالب المشترى بإبطال العقد فإنه ليس للمتعاقد الآخر أن يشكو من ذلك حيث إنه هو أيضاً قد وقع مثله فى هذا الغلط.

- وكذلك يجوز إبطال العقد للغلط الجوهرى إذا كان المتعاقد الآخر على علم بهذا الغلط. وعلى ذلك فإذا طالب من وقع فى الغلط بإبطال العقد، فلن يكون هناك أدنى مفاجأة للطرف الآخر، حيث إنه يعلم بهذا الغلط الجوهرى، وبالتالى يعتبر سيئ النية لأنه بالرغم من ذلك لم يلفت نظر المتعاقد إلى هذا الغلط. فإبطال العقد فى هذه الحالة أقل جزاء لهذا المتعاقد. ومثال ذلك أن يشترى شخص لوحة يعتقد أنها لفنان كبيرة ويدفع فيها ثمناً باهظاً فى الوقت الذى يعلم فيه البائع بأنها ليست كذلك.

وأخيراً يجوز إبطال العقد للغلط الجوهرى إذا كان من السهل على المتعاقد الآخر أن يتبينه. وفى مثل هذه الحالة إذا طالب من وقع فى الغلط بإبطال العقد، فإنه ليس للطرف الآخر أن يتذمر من ذلك حيث إنه مقصر فى عدم إدراك أنه يتعاقد مع شخص واقع فى الغلط. ومثال ذلك أن يبيع تاجر آثار تحفة عادية لشخص يعلم أنه من هواة التحف الأثرية، فهذا التاجر يكون مقصراً إذا لم يعلم أن العميل يريد تحفة أثرية، وأن هذه الصفة جوهرية فى نظره[٣].

---

(١) نقض ١٩٧٨/١٢/١٣ س٢٩ ص١٩١٥، ٨٣/٤/٢٧ الطعن ٢١٠ لسنة ٤٤ق.

(٢) نقض ١٩٧٣/٣/١٣ س٤ ص٣٩٦

(٣) شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٢٢١، ص٣٤٨.

- **الغلط فى القانون:**

يكون العقد قابلاً للإبطال بسبب الغلط فى القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع، ما لم يقض القانون بغير ذلك (م١٢٢ مدنى مصرى)[١].

وعلى ذلك لا يمكن إبطال العقد للغلط فى القانون إلا إذا كان الغلط جوهرياً أى دافعاً إلى التعاقد[٢]، وكان المتعاقد الآخر على اتصال به[٣].

لكن ما المقصود بالغلط فى القانون؟ رأينا أن الغلط فى الواقع هو وهم يقوم فى الذهن يصور أمراً على خلاف الواقع، كالغلط فى صفة «الأثرية» فى الشئ المبيع، أو فى كون السيارة جديدة أو مستعملة أو فى شأن السلوك الخلقى للمستأجر. أما الغلط فى القانون فإنه يتمثل فى تصور مخالف لحقيقة قاعدة من قواعد القانون. وهذا الغلط قد يقع أيضاً على الشئ أو على الشخص. ومثل الحالة الأولى أن يبيع الوارث نصيبه فى التركة معتقداً أنه فى الربع فى حين أن نصيبه طبقاً لقواعد الميراث هو النصف. ومثل الحالة الثانية أن يهب رجل لسيدة وهو يعتقد أنه قد تزوجها بعقد زواج صحيح ويكون الزواج باطلاً قانوناً.

وقد يتبادر إلى الذهن أن التمسك بإبطال العقد للغلط فى القانون يتعارض مع مبدأ افتراض العلم بالقانون، حيث لا يعذر أحد بجهله. فى الحقيقة أنه لا يوجد تعارض حتمى بين مبدأ افتراض العلم بالقانون وبين التمسك بإبطال العقد للغلط فى القانون. ذلك أن المقصود بمبدأ افتراض العلم بالقانون هو أن أحداً لا يستطيع أن يحتج بجهله لقاعدة قانونية معينة لكى يستبعد تطبيقها عليه ما دامت قد توافرت شروط تطبيقها. بينما التمسك بإبطال العقد للغلط فى القانون لا يؤدى حتماً إلى استبعاد تطبيق القاعدة القانونية التى وقع الغلط فيها، بل بالعكس يؤدى غالباً إلى المطالبة بالتطبيق الصحيح لهذه القاعدة. فمن يطلب إبطال العقد لبيع حصته فى

---

(١) وتنص المادة ٢٠٦ موجبات وعقود لبنانى على أن «الغلط القانونى يعتد به ويعيب الرضى كالغلط العملى».

(٢) نقض ١٩٨٠/٢/٢٧ س٣١ ص٦٢٢، ١٩٩٠/١١/٢٩ الطعن ١٢٩٧ لسنة ٥٦ق.

(٣) نقض ١٩٧٨/١٢/١٣ س٢٩ ص١٩١٥.

الميراث وهو معتقد أنها الربع وهى طبقاً لقواعد الميراث النصف إنما يطالب بالتطبيق الصحيح لقواعد الميراث. وكذلك من يتمسك بإبطال عقد الهبة لسيدة يعتقد أن زواجه بها صحيح فإنه لا يفعل أكثر من المطالبة بالتطبيق الصحيح لقواعد انعقاد الزواج والذى ترتب عليها إبطال عقد زواجه، وما ترتب على ذلك من إبطال عقد الهبة للغلط

وعلى ذلك فإنه فى كل مرة يؤدى فيها التمسك بإبطال العقد للغلط فى القانون إلى استبعاد تطبيق القاعدة القانونية التى وقع الغلط فيها، فلا يعتد بهذا الغلط ويبقى العقد صحيحاً لا يجوز إبطاله ولو كان الغلط دافعاً للتعاقد، وتطبيقاً لذلك فإنه لا يجوز للمقترض الذى أقرض بفائدة، فى التشريعات التى تجيز ذلك، تزيد على الحد الأقصى للفائدة، أن يحتج بجهله بقاعدة الحد الأقصى وبأن جزاءها هو إنقاص الفائدة المتفق عليها، لكى يطلب إبطال العقد فيسترد ما أقرضه ويتفادى بذلك إنقاص الفائدة إلى الحد الجائز قانوناً. وكذلك لا يجوز للمؤجر الذى يؤجر مسكنه بأجرة تزيد على الحد الأقصى الذى قرره القانون، أن يحتج بجهله بالقاعدة التى تحدد الحد الأقصى للأجرة وبأن جزاؤها هو إنقاص الأجرة المتفق عليها لكى يطلب إبطال العقد ويسترد العين المؤجرة ويطرد المستأجر منها وبذلك يتفادى إنقاص الأجرة[1].

وكذلك فإنه فى بعض الأحوال قد يقضى القانون على عدم الاعتداد بالغلط فى القانون، كما هو الحال فى عقد الصلح. ويبرر هذا الاستثناء بأن مبنى عقد الصلح أساساً هو حسم النزاع بين الطرفين دون التقيد بتطبيق القانون تطبيقاً دقيقاً. ولذلك فإنه يتعذر تبين ما إذا كانت الشروط المتفق عليها فى عقد الصلح مبنية على غلط أحد العاقدين فيما هو مقرر له من الحقوق قانوناً، أم مبناها هو الرغبة فى حسم النزاع دون التقيد بأحكام القانون[2].

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٠٢ ص٢٠٥، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ١٩١ ص٢٦٤.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٠٢، ص٢٠٦.

ثالثاً: جزاء الغلط

إن الأثر المترتب على الغلط المعيب للرضى هو جعل العقد قابلاً للإبطال، ويقع عبء إثباته على طالب الإبطال، كما لا يجوز التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية. ولنر ذلك تفصيلاً فيما يلي:

١- قابلية العقد للإبطال: إن جزاء الغلط المعيب للإرادة هو جعل العقد قابلاً للإبطال لمصلحة العاقد الذى وقع فى الغلط. فالإرادة المعيبة تتوافر لها مقومات الوجود وترتب الآثار القانونية لكنها تجعل العقد غير مستقر، أى يجوز لمن تعيبت إرادته نتيجة الغلط أن يطالب بإبطال العقد، فإذا ما أجيب إلى طلبه فإن العقد يزول بأثر رجعى، كما سوف نرى فيما بعد.

٢- عبء الإثبات: على طالب الإبطال عبء إثبات الغلط الذى وقع فيه[١]. وأن يثبت أنه كان غلطاً جوهرياً لولاه لما أبرم العقد، وأن العاقد الآخر قد وقع مثله فى الغلط أو كان يعلم أو فى استطاعته أن يعلم بأهمية الاعتبار الذى وقع الغلط فيه.

ويجوز إثبات الغلط بكافة طرق الإثبات بما فيها القرائن[٢]. مثال الاستدلال من ارتفاع الثمن الذى دفعه مشترى اللوحة الفنية، على أنه كان يريد شراء اللوحة الأصلية لا مجرد صورة منها، وعلى أن البائع كان يعلم بهذا الاعتبار الدافع للتعاقد.

٣- لا يجوز التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية: إذا كان القانون أعطى لمن وقع فى غلط أن يطلب إبطال العقد، إلا أنه ليس له أن يتمسك به على وجه يتعارض مع حسن النية، وما ينبغى أن يتوافر فى التعامل من نزاهة.

---

(١) انظر نص المادة ٢١٩ للمادة ٢١٩ موجبات وعقود التى تنص على أن «البينة على من يدعى وجود العيب، وسلامة الرضى مقدرة....».

(٢) من المستقر عليه فى قضاء محكمة النقض أن ثبوت واقعة الغلط مسألة موضوعية تستقل محكمة الموضوع بتقدير الأدلة فيها وأن تقدير الدليل مما تستقل به محكمة الموضوع التى لها أن تأخذ بما تطمئن إليه من الأدلة دون ما حاجة للرد على ما لم تأخذ به منها طالما قام حكمها على أسباب سائغة وما دام هذا التقدير لاخروج فيه على الثابت بالأوراق» نقض ١٩٧٥/١١/١٩ س٢٦ ص١٤٤٤.

وعلى ذلك يبقى المتعاقد الذى وقع فى الغلط ملزماً بالعقد الذى قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد. والحكمة من ذلك واضحة حيث إن مصلحة العاقد فى إبطال العقد تكون قد انتفت طالما أنه سيحصل على ما كان يبغى من تعاقده. فمن يشترى صورة للوحة فنية متوهماً بأنها هى اللوحة الأصلية لا تكون له مصلحة فى الإبطال إذا عرض البائع أن يعطيه اللوحة الأصلية التى قصد شراءها، فإذا تشبث مع ذلك بحقه فى طلب الإبطال كان متعسفاً فى استعمال حقه، فلا يجاب إلى طلبه ويبقى العقد صحيحاً[1].

الفرع الثانى : التدليس Le dol (الخداع La tromperie)

التدليس يعتبر عيباً يشوب الرضى، ولذا يجب أن نعرض لدراسته فى ثلاث نقاط على التوالى: **أولاً**: ماهية التدليس وتحديد طبيعته، **ثانياً**: شروط التمسك بالتدليس، **ثالثاً**: جزاء التدليس. وقد أورد القانون المصرى هذه الأحكام فى المادتين ١٢٥، ١٢٦ مدنى.

أولاً: ماهية التدليس وتحديد طبيعته:

والتدليس هو الالتجاء إلى الحيلة والغش بقصد إيهام المتعاقد بغير الحقيقة لحمله على التعاقد. فقوام التدليس التضليل والتمويه والخداع. وهو بهذه المثابة يعيب الإرادة، إذ إنه يدفع على تعاقد ما كان الشخص يقبله لو كان مدركاً للحقيقة. ويشترط فى هذه الحيلة أن تكون غير مشروعة قانوناً[2].

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٠٣، ص٢٠٧.

(٢) نقض ١٩٧٦/١٢/٢١ س٢٧ ص١٧٩١، ١٩٩١/١١/٢٩ الطعم ٢٩٧ لسنة ٥٦ق وبذلك يختلف التدليس عن الصورية من حيث مصدر كل منهما، فالصورية كذب متعمد من الطرفين، فكل من الطرفين على بينة من الحقيقة وعلى ذلك فالصورية تفترض قيام تواطؤ واتفاق بين الطرفين بحيث لا يقصد من ورائها أن يغش أحد المتعاقدين الآخر، وانما يريد غش الغير أو إخفاء أمر معين. ومع ذلك فان الطعن على العقود بالصورية الذى يجب على محكمة الموضوع بحثه والبت فيه يجب أن يكون صريحا فى هذا المعنى ولا يفيده مجرد الطعن بالتواطؤ لاختلاف الأمرين مدلولاً وحكماً لان الصورية تعنى عدم قيام العقد أصلا فى نية عاقديه أما التواطؤ بين المتعاقدين فانه غير مانع بذاته من جدية العقد ومن رغبتهما إحداث آثار قانونية له انظر نقض ١٩٥٨/٤/٣ س٩ ص٢٣٠

فالتدليس له صلة وثيقة بالغلط، حيث إن التدليس يؤدى إلى تضليل المتعاقد الذى يقع ضحيته، فهو يجعله يعتقد أمراً يخالف الحقيقة، أى يؤدى إلى ايقاعه فى الغلط. فالغلط يقع فيه المتعاقد من تلقاء نفسه دون أن يتعمد أحد إيقاعه فيه، أما التدليس فإن المتعاقد يقع فى غلط مدبر من جانب المدلس ليدفعه إلى التعاقد. ولذلك فإن التدليس على هذا النحو اعتبر عيباً من عيوب الإرادة.

ورغم هذه الصلة الوثيقة بين التدليس والغلط إلا أن التدليس يتميز عن الغلط من ثلاث نواح:

من ناحية نجد أن الغلط يختلف عن التدليس من حيث المصدر، فنجد أن مصدر الغلط هو المتعاقد ذاته حيث إنه توهم أمراً على غير حقيقته. بينما نجد أن مصدر التدليس هو المتعاقد الآخر أو الغير حيث يلجأ المدلس إلى الحيلة والخديعة للإيقاع بضحيته فيه، وجرّه إلى التعاقد.

ومن ناحية ثانية، نجد أن التدليس يختلف عن الغلط من حيث إن التدليس لا يعتبر عيباً للإرادة فحسب وإنما يعتبر أيضاً عملا غير مشروع ، وذلك لما يلجأ إليه المدلس من حيل تدليسية بقصد التضليل والخديعة للمدلس عليه حتى يدفعه إلى التعاقد. أما الغلط فلا يعدو أن يكون غلطاً تلقائياً أو بسيطاً يقع فيه المتعاقد من تلقاء نفسه لتوهمه أمراً على غير حقيقته، ولذلك فهو لا يكون ضاراً إلا بصاحبه، وبالتالى ليس له من أثر إلا تعيب إرادته.

ومن ناحية ثالثة، نجد أن التدليس يختلف عن الغلط من حيث الجزاء. فحيث إن الغلط لا يعدو أن يكون عيباً فى الإرادة فلذلك فإن العقد يكون قابلاً للإبطال. أما التدليس فإنه علاوة على كونه عيباً فى الإرادة فإنه يعتبر كذلك عملاً غير مشروع، ولهذا فإن الجزاء يتناسب مع طبيعته، فيكون العقد قابلاً للإبطال، بالإضافة إلى تعويض المدلس عليه عمّا أصابه من ضرر نتيجة الحيل التدليسية. وهذا التعويض يعتبر جزاءً للتدليس باعتباره عملاً غير مشروع.

والآن نعرض لشروط التمسك بالتدليس.

ثانياً: شروط التمسك بالتدليس

تنص المادة ١/١٢٥ مدنى أنه «يجوز ابطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التى لجأ إليها أحد المتعاقدين، أو نائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثانى العقد» لذلك لكى يمكن التمسك بالتدليس باعتباره عيباً فى الرضى، يجب أن يتوافر ثلاثة شروط:

١- استعمال طرق احتيالية. ٢- التدليس الدافع إلى التعاقد. ٣- صدور التدليس من المتعاقد الآخر أو علمه به أو إمكان العلم به.

الشرط الأول: استعمال طرق احتيالية: يجب لتوافر التدليس أن تستخدم طرق احتيالية، وأن يكون استخدامها بنية التضليل أو الخديعة للوصول إلى غرض غير مشروع. ومن ذلك يتضح أنه لكى يتحقق هذا الشرط يجب أن يتوافر عنصران: عنصر مادى، وعنصر معنوى.

١- العنصر المادى: وهو الحيل التى يلجأ إليها المدلس لإخفاء الحقيقة، بحيث يكون هذا كافياً لإيهام المدلس عليه وحمله على التعاقد. ومن أمثلة ذلك ظهور شخص بمظهر الثراء على خلاف الحقيقة، أو اصطناعه مستندات أو محررات مزورة، أو تقديم عقود إيجار كاذبة، أو تقديم كشوف حسابات مزورة من البنوك. وكما هو واضح من هذه الأمثلة أن الحيل التدليسية تتجسد فى مظاهر خارجية. ولكن هل يمكن أن يتم التدليس فى صورة أخرى لا تتجسم فيها الحيل فى مظاهر مادية خارجية؟ وبعبارة أخرى هل يكفى مجرد الكذب، أو مجرد الكتمان لتكوين الحيل التدليسية؟

الأصل أن مجرد الكذب لا ينهض وحده لتوافر التدليس، ما دام أنه من نوع الكذب المألوف فى التعامل، كأن يبالغ فى مدح بضاعته إلى حد الكذب بقصد الترويج لها، وذلك لأن قدراً أدنى من حسن التبصر كفيل بحماية المتعاقد الآخر من الانقياد لمثل هذه المبالغات المألوفة.

ولكن إذا انصّب الكذب على واقعة معينة ذات اعتبار فى التعاقد، فإنه يعتبر تدليس بمعنى أن الكذب فى بيانات محددة مع العلم بما يعلقه عليها المتعاقد الآخر

من أهمية يعد تدليساً. ويكون ذلك حينما يكون الشخص ملتزماً بالإدلاء ببينات ذات أهمية خاصة في التعاقد، فيكذب في الإدلاء بها مما يؤدى إلى تضليل المتعاقد ودفعه إلى التعاقد. ومثال ذلك من يعطى بيانات غير صحيحة عن مدى كفايته ومقدرته وخدماته السابقة بغية الحصول على العمل، فيحمل رب العمل على قبوله لديه، فهنا يعتبر الكذب تدليساً. أو من يدلى بمعلومات كاذبة لشركة التأمين عن سنه وصحته ليحصل على عقد تأمين على حياته بشروط سخية[1].

وكذلك الحال في مجرد الكتمان أو السكوت، فإن الأصل هو عدم اعتبارها تدليساً. وذلك راجع إلى أن الأصل أنه ليس على المتعاقد أن يدلى لمن يتعاقد معه بكل ما يتعلق بالتعاقد، وأن على كل من الطرفين أن يتحرى بنفسه المعلومات اللازمة، وليس له أن يتوقع من الطرف الآخر أن يكشف له عمّا في الصفقة من نقائص بالنسبة إليه[2]. لكنّ هناك أحوالاً يعتبر فيها مجرد الصمت أو الكتمان تدليساً وهي الأحوال التي يكون فيها أمر من الأمور واجب البيان بحسب المألوف في التعامل. وقد يكون مصدر الإلزام بالإفضاء نصاً في القانون، كما هو الحال في عقد التأمين، حيث يجب على المؤمن له أن يقدم للمؤمن جميع البيانات اللازمة لتقدير الخطر المؤمن منه (انظر مادة ٢/٧٥٢/أ مدنى مصرى) وقد يستخلص القاضى واجب الإفضاء من ظروف التعاقد مثل ما يتمتع به العاقد من تخصص فنى أو سمعة عالية في مهنته يركن إليها العاقد الآخر، أو الثقة العالية بين الطرفين كما هو الحال في عقد الشركة وعقد الوكالة، أو ما قد يوجد بين الطرفين من صلة خاصة توحى بهذه الثقة، أو أنه لا يوجد طريق آخر يعلم منه المتعاقد بالأمر الذى كتم عنه، ففى مثل هذه الأحوال، لكل من المتعاقدين أن يتوقع من الآخر أن يصارحه بما يعلم من أمور مؤثرة في التعاقد، ومن حقه أن يفترض أن ما لم يكشف عنه لم يتحقق. فإذا علم أحد العاقدين، في هذه الظروف بأمر له خطره في التعاقد وأدرك أن العاقد الآخر يجهله وأنه ما كان ليبرم العقد لو علم به فكتمه عنه، فإن هذا الكتمان يكون

(١) شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٢٢٤ ص٣٥٠.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٠٥ ص٢١٢.

تدليساً، إذ أن غلط المتعاقد الآخر ناتجاً عن هذا الكتمان[1] ومثال ذلك أن يقبل شخص ما شراء منزل، تكتم عنه البائع أن الحكومة بسبيل نزعة ملكية هذا المنزل للمنفعة العامة، فإن سكوت البائع هنا يعد تدليساً، ويجيز المشترى المطالبة بإبطال العقد. وقد تأكد ذلك بالنص عليه صراحة فى نص المادة ٢/١٢٥ من القانون المدنى المصرى، حيث أنها تنص على أنه «يعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة»[2]. وهذا النص يمكن أن يعد أداة طيعة فى يد القضاء المصرى لحماية المستهلك فى الوقت الحاضر وبصفة خاصة من البائعين المهنيين.

٢- العنصر المعنوى: نية التضليل والخديعة بقصد إدراك غاية غير مشروعة[3].
لكى يتوافر التدليس فإنه يجب أن يكون استخدام الحيل التدليسية بنية التضليل والخديعة بقصد إدراك غاية غير مشروعة.

وعلى ذلك فإذا انخدع المتعاقد من تلقاء نفسه دون أن يتعمد الآخر خداعه، فلا يوجد تدليس. فلا يعتبر تدليساً انخداع أحد العاقدين بمظهر الثراء الذى يبدو عليه العاقد الآخر مثلاً دون أن يتعمد هذا خداعه، وكذلك التاجر الذى يمتدح بضاعته لا يقصد تضليل المتعاقد بقدر ما يقصد الترويج لبضاعته.

وإذا توافرت نية الخديعة والتضليل فيجب أن تتجه النية إلى إدراك غاية غير مشروعة، أى حمل المتعاقد على إبرام عقد ضار بمصلحته. فإذا كانت الغاية مشروعة، فلا يكون هناك تدليس. مثل أن يستخدم شخص بعض الحيل لحمل المودع عنده على الاعتراف بوديعة ينكرها، أو الإقرار بدين لا يعترف به[4].

---

(١) السنهورى، الوسيط، المرجع السابق، جزء ١، فقرة ١٨١، ص٣٤٧ وما بعدها، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٠٥، ص٢١٢ وما بعدها.

(٢) ويقابل النص فى التقنيات المدنية العربية الأخرى، نص المادة ١٢٦ سورى (مطابق)، نص المادة ١٢٥ ليبى (مطابق). نص المادة ١٢١، ١٢٣، عراقى (موافق)، ونص المادة ٢٠٨ لبنانى (موافق).

(٣) نقض ١٩٩١/١١/٢٩ الطعن ١٢٩٧ لسنة ٥٦ق، حيث قضت المحكمة بأنه «يشترط فى الغش أو التدليس على ما عرفته المادة ١٢٥ من القانون المدنى وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن يكون ما إستعمل فى خداع المتعاقد حيلة، وأن تكون هذه الحيلة غير مشروعة قانوناً».

(٤) شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٢٢٤ ص٣٥١

الشرط الثاني: التدليس الدافع إلى التعاقد: وهذا الشرط ليس إلا تطبيقاً للمبدأ العام في عيوب الرضى كما تقدم. وعلى ذلك لا يجوز إبطال العقد للتدليس إلا إذا كانت الحيل التدليسية التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد (م١٢٥/١ مدني مصري)[١]. وهذا هو معيار التدليس الدافع إلى التعاقد.

وواضح من ذلك أن المعيار هنا شخصي، بمعنى أن تقدير ما إذا كان التدليس دافعاً للمتعاقد أو غير دافع، ينظر فيه إلى شخص المتعاقد المدلس عليه ذاته، فتراعى درجة ثقافته وذكائه وخبرته وسنه. فمن يقصد بالتدليس إنما يبحث عن الوسيلة التي تتناسب مع ضحيته.

ويميز بعض الفقهاء[٢] في مصر وكذلك المادة ٢٠٨ موجبات وعقود لبناني، بين التدليس الدافع والتدليس غير الدافع أو العارض. والتدليس الدافع في نظرهم هو الذي يحمل الشخص على التعاقد، بحيث إنه لو كان على علم بالحقيقة لما قبل التعاقد أصلاً. أما التدليس غير الدافع، فهو الذي يقتصر أثره على حمل المتعاقد على ارتضاء التعاقد بشروط أشد وطأة. ومثله أن يقدم بائع العقار إلى المشترى عقود إيجار مصطنعة كي يوهمه أن ريع العقار مرتفع فيترتب على ذلك أن يدفع المشترى ثمناً أعلى مما كان يدفعه لو علم بحقيقة الأمر. أو أن يقدم بائع المحل التجاري إلى المشترى مستندات مزورة عن أرباح وهمية يحققها المحل، مما يدفع المشترى إلى دفع ثمن ما كان يدفعه لو أدرك الحقيقة[٣].

والواضح من الأمثلة المقدمة أن المتعاقد المشترى، كان سيبرم العقد على أى حال حتى ولو لم يقع عليه أى تدليس، ولكنه كان لا يرتضي العقد إلا بشروط أقل وطأة من تلك التي ارتضاها تحت تأثير التدليس.

---

(١) أما الحصول على توقيع شخص على محرر مثبت لتصرف لم تنصرف ارادته أصلاً إلى إبرامه فإنه يعد تزويراً تنعدم فيه هذه الارادة ولو كان الحصول على هذا التوقيع وليد طرق احتيالية، أى التكييف الصحيح لهذا الادعاء بأنه تزوير معنوى انظر نقض ١٩٨٦/٥/٨ الطعن ١٠٥٠ لسنة ٥٣ق.

(٢) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٣١، ص٦٥، عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، فقرة ١٧٠، عبد الحى حجازى، المصادر الإرادية، فقرة ٤٥٧.

(٣) شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٢٢٤ ص٣٥٢.

والنتيجة المترتبة على هذه التفرقة هو أن التدليس غير الدافع لا يعيب الإرادة، وبالتالى لا يكون سبباً لإبطال العقد، بل يقتصر الأمر فيه على تعويض يقبضه المدلس عليه، وغالباً ما يكون هذا التعويض هو استرداد الفرق فى زيادة الثمن الذى دفعه المشترى فى الأمثلة السابقة تحت تأثير التدليس(١).

وينتقد فريق آخر من الفقهاء هذه التفرقة على أساسة أنها تقوم على فصل مصطنع بين إرادة المتعاقد فى ذاتها وبين الشروط التى تحركت الإرادة فى دائرتها(٢). فإرادة المتعاقد ليست إرادة مجردة، ليست إرادة إبرام عقد أياً كان، بل هى إرادة إبرام عقد معين بشروط معينة(٣).

الشرط الثالث: اتصال المتعاقد الآخر بالتدليس: سبق أن رأينا أن المبدأ الذى يسيطر على تنظيم عيوب الإرادة هو التوفيق بين مصلحة العاقد الذى تعيبت إرادته، ويريد أن يتمسك بإبطال العقد ليتحلل منه، وبين ضرورة استقرار التعامل، والتى تختلط بمصلحة العاقد الآخر فى الابقاء على العقد.

ومن هذا المنطلق نجد أن المشرّع يشترط أن يكون التدليس صادراً من أحد المتعاقدين أو نائب عنه لحمل الآخر على التعاقد. وحيث أن التدليس يعيب الرضى بالنظر إلى الغلط الناتج عنه، لذلك يتعين الإعتداد بالتدليس سواء صدر من المتعاقد الآخر أو نائب عنه أو صدر عن الغير، لأنه فى الحالتين يعيب رضى المتعاقد المخدوع، لكن الاعتداد بالتدليس، على هذا النحو، وفى جميع الأحوال، يؤدى إلى عدم استقرار المعاملات.

ولذلك فى حالة صدور التدليس من الغير، نجد أن القوانين العربية لم تجعل هذا التدليس سبباً لإبطال العقد فى جميع الأحوال، بل اشترطت مراعاة لاستقرار التعامل

---

(١) حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام، فقرة ١٧٣ ص١٦٢.

(٢) السنهورى، الوسيط، المرجع السابق، جزء ١ فقرة ١٨٢ ص٣٥١، ٣٥٢.

(٣) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٠٧، ص٣١٥، توفيق فرج، المرجع السابق، ص١٠٧، عبد المنعم البدراوى المرجع السابق فقرة ١٩٨ ص٣٧٣ عبد الفتاح عبد الباقى المرجع السابق، فقرة ١٦٧، ص٣٤٦.

وحتى لا يفاجأ العاقد الآخر بإبطال العقد، أن يكون العاقد الآخر عالماً وقت إبرام العقد، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس الصادر من الغير. فإذا لم يتحقق هذا الشرط، فليس للمتعاقد المخدوع سوى الرجوع بالتعويض على الغير الذى صدر منه التدليس طبقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية، حيث إن التدليس يعتبر عملاً غير مشروع. (انظر م١٢٦ مدنى مصرى).

ثالثاً: جزاء التدليس

إن الأثر المترتب على التدليس هو جعل العقد قابلاً للإبطال باعتباره عيباً فى الرضى، وكذلك إعطاء الحق للمطالبة بالتعويض إن كان له مقتضى، وذلك لاعتباره عملاً غير مشروع. كما أنه يقع على عاتق العاقد المدلس عليه عبء الإثبات، كما أن لا يجوز له أن يتمسك بالتدليس على وجه يتعارض منه مع حسن النية، ولنر ذلك تفصيلاً فى النقاط التالية:

١- قابلية العقد للإبطال والتعويض إن كان له محل: إذا توافرت شروط التمسك بالتدليس فإن ذلك يعطى للعاقد المدلس عليه الحق فى أن يطالب بإبطال العقد والتعويض إن كان له مقتضى، أو يقتصر فقط على طلب التعويض مع الإبقاء على العقد وذلك حسب ما يراه محققاً لمصلحته، حيث إن الإبطال مقرر لمصلحته. وازدواجية الجزاء ترجع إلى طبيعة التدليس فهو من ناحية يعيب الإرادة نتيجة للغلط الناتج عنه، ومن ناحية أخرى فإنه يعتبر عملاً غير مشروع ممن وقع منه، وهو على هذا الوجه يخول للمتعاقد المدلس عليه الحق فى المطالبة بتعويض الضرر الناجم له عنه طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية وذلك إذا لم يكن إبطال العقد وحده كافياً لرفع ما حاق به من أضرار.

٢- عبء الإثبات: على طالب الإبطال للتدليس عبء إثبات حصول التدليس من المتعاقد الآخر أو من نائبه أو علمه أو استطاعة علمه إذا كان واقعاً من الغير فالبينة على من ادعى.

ويجوز إثبات التدليس بكافة طرق الإثبات. بل إننا نجد أن التدليس أكثر يسراً فى الإثبات من الغلط، وذلك لأن الطرق الاحتيالية تكون فى الغالب من الأمر وسائل

مادية يسهل إثباتها، بينما الغلط أمر نفسى لا يتيسر دائماً إثباته. وتقدير ثبوت أو عدم ثبوت التدليس الذى يجيز إبطال العقد هو من المسائل التى تستقل بها محكمة الموضوع(١).

٣- لا يجوز التمسك بالتدليس على وجه يتعارض مع حسن النية:
رأينا أن للمتعاقد المدلس عليه إبطال العقد والتعويض إن كان له محل، كما أن له أن يقتصر على طلب التعويض فقط مع الإبقاء على العقد إذا وجد ذلك محققاً لمصلحته. فإذا اختار العاقد المدلس عليه إبطال العقد وعرض عليه المتعاقد الآخر تعديل شروط العقد على الوجه الذى يرفع الضرر، فإنه يكون فى الإصرار على طلب الإبطال عندئذ ما يتعارض مع حسن النية، فلا يقضى به، تطبيقاً للمبدأ الوارد فى صدد الغلط(٢). ويقتصر حق العاقد المخدوع على التعويض(٣). على أن هذه القاعدة لا تنطبق إلا فى الحالة التى يكون التدليس فيها قد صدر من الغير. أما إذا كان التدليس صادراً من المتعاقد الآخر، فلا يجوز أن ينسب تعسف إلى المتعاقد المدلس عليه إذا أصر على إبطال العقد، رغم العرض المقدم، لكى يتحلل من علاقته بمن أظهر نحوه نية واضحة بتعمده تضليله(٤).

الفرع الثالث: الإكراه أو الخوف

La Violence ou la crainte

الإكراه وإن كان عيباً من عيوب الإرادة إلا أنه يختلف عن الغلط والتدليس بالنسبة إلى موضوع كل منهما. ففى حين أن الغلط والتدليس يمسان من العاقد علمه بما يرتضيه بحيث يجئ رضاؤه عن غير بينة بحقيقة الحال، نجد أن الإكراه لا لا يمس من العاقد إلا الاختيار فيه. فرضاء المكره يأتى على بينة بما يرتضيه، ولكن

(١) نقض ١٩٦٤/٢/٢٠ س١٥ ص٢٦٣، ١٩٧٢/٢/٨ س٢٣ ص١٣٨، ١٩٧٣/٣/١٣ س٢٤ ص٣٩٦، ١٩٧٦/١/٥ س٢٧ ص١٣٢، ١٩٨٠/٥/١٥ س٣١ ص١٣٧٣.

(٢) السنهورى، الوسيط، جزء ١، فقرة ١٨٢، ص٣٥٢ هامش ١.

(٣) جلال العدوى، أصول المعاملات، ص١٦٤.

(٤) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٠٧، ص٢١٦.

رضاءه لا يجئ عن حرية، إنما عن قسر وإجبار[1]. والإكراه قد لا يفسد الرضى فحسب وإنما قد يعدمه. ولذلك يجب أن ندرس الإكراه فى نقاط ثلاث على التوالى: **أولاً**: تعريف الإكراه وتحديد نطاقه. **ثانياً**: شروط التمسك بالإكراه. **ثالثاً**: جزاء الإكراه.

أولاً: تعريف الإكراه وتحديد نطاقه

الإكراه ضغط يقع على الشخص بغير وجه حق فيبعث فى نفسه رهبة أو خوفاً يحمله على إبرام عقد لم يكن يقبله لو كانت إرادته حرة[2]. فالأكراة يعيب الإرادة فى عنصر الحرية والاختيار، حيث إن العيب ناشئ فى الحقيقة عن الرهبة أو الخوف الذى ينتج عن الإكراه. وقد آثر المشرع اللبنانى الدقة فى التعبير فعبر عن هذا العيب بلفظ «الخوف» بدلاً من لفظ الإكراه الذى استخدمه المشرع الفرنسى والمصرى.

وعلى ذلك فإذا كان الإكراه يعيب الإرادة فى عنصر الحرية والاختيار، فإن هذا الإكراه قد يصل إلى حد أن يعدم الإرادة، أى يجرد الشخص من كامل حريته، ويترتب عليه إجبار الشخص على إبرام العقد بالقوة المادية. كما لو أمسك شخص بيد آخر وأرغمه عنوة على أن يوقع العقد. فى مثل هذه الحالة تنعدم الإرادة ويكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً. وهذا الإكراه يخرج عن نطاق دراستنا للإكراه كعيب من عيوب الإرادة.

والإكراه الذى يعيب الرضى، وهو الذى يعنينا هو الإكراه الذى يتولد عن الرهبة التى قامت فى نفس المتعاقد نتيجة الضغط غير المشروع عليه مما دفعه إلى التعاقد. وكما هو واضح أن الإرادة هنا تعتبر موجودة وأن اعتورها الفساد. بسبب مجيئها

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١٧١، ص٣٥٤، ٣٥٥.

(٢) نقض ١٩٣٥/١١/٧ الطعن ٢٧ لسنة ٥ق. حيث قضت المحكمة بأن «الاكراه المبطل للرضاء لا يتحقق إلا بالتهديد المفزع فى النفس أو المال أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل للانسان باحتمالها أو التخلص منها، ويكون من نتيجة ذلك حصول خوف شديد يحمل الانسان على الاقرار بقبول ما لم يكن ليقبله إختياراً. وحصول هذا الخوف الموصوف أو عدم حصوله إنما هو من الوقائع التى لقاضى الموضوع وحده القول الفصل فيها» ١٩٤٠/٤/١٨ الطعن ٣ لسنة ١٠ق، ١٩٥٠/٢/٨ الطعن ٩٦ لسنة ١٨ ق، ١٩٧٦/٣/٣١ س٢٧ ص٨١٥، ١٩٨١/١١/٢٥ س٣٢ ص٥٠١، ١٩٩١/٤/١١ الطعن ١٢٨٢ لسنة ٥٣ق

وليدة الرهبة الناجمة عن الضغط والارهاب. ومن ثم فالعقد فى حالتنا يقوم وإن تهدده الزوال. وفقاً لمشيئة المكره[1].

وهذا الإكراه قد يكون حسياً، وهو الذى يقع فعلاً على جسم المكره بالضرب، أو التعذيب، فيضطر المكره إلى قبول العقد لكى يوقفه. وقد يكون الإكراه معنوياً، وهو الذى يكون بالتهديد بإيقاع الأذى، سواء كان هذا الأذى المهدد به أذى مادياً يقع على الجسم أو المال، أو كان أذى نفسياً يمس العاطفة أو الشرف أو السمعة فيضطر المكره إلى قبول العقد لمنع تحقق الأذى الذى هدد به[2].

وللإكراه كالتدليس جانبان: فهو فى ذاته عمل غير مشروع، وهو بالنظر إلى ما يولده من رهبة فى نفس المكره عيب فى الإرادة. وهذه الطبيعة المزدوجة لها تأثيرها على شروط الإكراه وكذلك على الجزاء المترتب عليه كما سوف نرى.

ثانياً: شروط التمسك بالإكراه

تنص المادة ١/٢٧/ على أنه «يجوز ابطال العقد للاكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر فى نفسه دون حق. وكانت قائمة على أساس».

على ضوء التعريف السابق للاكراه نستطيع أن نستخلص منه ثلاث شروط للإكراه. **أولاً**: يجب أن يتم التعاقد تحت سلطان رهبة بعثت فى نفس المتعاقد بدون وجه حق. **ثانياً**: أن تكون الرهبة دافعه إلى التعاقد. **ثالثاً**: اتصال المتعاقد الآخر بالإكراه.

الشرط الأول: التعاقد تحت سلطان رهبة بعثت فى نفس المتعاقد بدون وجه حق: جوهر الإكراه باعتباره عيباً من عيوب الإرادة هو أن يتم التعاقد تحت سلطان رهبة بعثت فى نفس المتعاقد فدفعته إلى التعاقد. والمقصود بالرهبة هو الخشية من الأذى التى تؤثر فى رضاء المتعاقد، بحيث تحمله على اجراء تصرف ما كان ليرغب فيه لولاها[3].

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١٧١ ص٣٥٤.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٠٩، ص٢١٨.

(٣) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١٧٤، ص٣٥٧.

ويجب أن تكون هذه الرهبة قائمة على أساس، كما يجب أن تكون هذه الرهبة قد بعثت في نفس المتعاقد بدون وجه حق.

١- يجب أن تكون هذه الرهبة قائمة على أساس: فيشترط في هذه الرهبة لكي تكون إكراهاً معيباً للرضى أن تكون قائمة على أساس. وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذى يدعيها أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو أو غيره فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المال.(م ٢/١٢٧ مدنى).

وعلى ذلك فإنه لكى تكون الرهبة قائمة فى نفس المتعاقد على أساس، يجب أن يكون من شأن الظروف المحيطة به أن تصور له أن خطراً جسيماً يهدده، أى يعتقد بوجوده، ولا يلزم أن يكون هذا الخطر موجوداً فى حقيقة الواقع، فقد يكون هذا الخطر وهمياً ومع ذلك تعتبر الرهبة قائمة على أساس ما دامت الظروف تصوره لذلك الشخص حقيقياً. فمن يذعر مثلاً نتيجة تهديده بمسدس، فيرضخ لمشيئة مهدده، ويبرم معه تصرفاً ما، خوفاً من أن يطلق عليه فيقتله أو يجرحه، يعتبر واقعاً تحت سلطان الرهبة المكونة للإكراه، حتى لو كان المسدس خالياً فى الحقيقة من الرصاص على جهل منه[١].

ولكى يتحقق التوفيق بين مصلحة المتعاقد المكره فى إبطال العقد للإكراه وبين استقرار التعامل اشترط القانون أن يكون الخطر أو الأذى الذى يتهدد به الشخص على قدر من الجسامة، بحيث يؤثر على من وقع عليه الإكراه ويجعله يتصور أنه لا قبل له بدفع هذا الخطر الذى هدد به إلا بقبول التعاقد

ولا يشترط أن تكون الرهبة التى حملت المكره على التعاقد ناتجة عن إلحاق الأذى به هو، بل قد تتولد الرهبة الدافعة إلى التعاقد عن التهديد بإلحاق الأذى بشخص عزيز على المتعاقد. ولا يشترط أن يكون الغير هو أحد أقارب المتعاقد، بل العبرة بظروف كل حالة، بالصلة النفسية التى تربط المتعاقد بمن يتهدده الخطر، سواء كان قريباً أو غير قريب. بحيث يكون من شأن الخطر أن يؤثر فى نفس المتعاقد فيقدم

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١٧٤، ص٣٥٨، أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٤٠ ص١٧٢.

على التعاقد لدرئه عمّن يعزه[1]. فالجوهرى هو أن يبعث الخطر المهدد به رهبة فى نفس العاقد تحمله على التعاقد وقد يكون الشخص المهدد بالإيذاء هو من صدر منه الإكراه نفسه، كابن يهدد أباه بالانتحار إن لم يبرم الأب عقداً معيناً[2].

ويستوى أن يكون الأذى الذى يهدد الشخص أو يتصور أنه يهدده حسياً أو نفسياً. فيستوى بأن يقع على جسم أو مال المتعاقد أو غيره. كما إذا ضرب أو عذب أو خرب ماله، أو كان بالتهديد بإيقاع هذا الأذى، أو كان التهديد يمس العاطفة أو الشرف أو السمعة للمتعاقد أو غيره. كما لا أهمية لما إذا كان الشخص مهدداً بخطر حال أو بخطر يوقع به فيما بعد. فالخطر الحاضر والخطر المستقبل سواء طالما أنه يولد فى نفس المتعاقد الرهبة التى تدفعه إلى التعاقد[3].

النفوذ الأدبى

وقد أثير التساؤل بشأن النفوذ الأدبى، وهل يكفى فى اعتباره وسيلة للإكراه؟ ومن أمثلة النفوذ الأدبى، تأثير الأب على إبنه، أو سلطان الرئيس على مرؤوسيه أو سيطرة رجل الدين على شخص متدين، أو نفود الأستاذ على تلميذه، فهل يكفى النفوذ الأدبى لاعتبار أن الشخص وقع تحت تأثير الإكراه واندفع إلى إبرام العقد؟

يسود الاتجاه على أن الأصل فى النفوذ المجرد عدم كفايته لتحقيق الإكراه. لكن إذا بلغ هذا النفوذ حداً من التأثير على نفسية المتعاقد، بحيث إن بعث الرهبة فى نفسه فحمله على التعاقد واستخدام صاحب النفوذ هذه الرهبة للوصول إلى غرض غير مشروع، كابتزاز مال من وقع تحت تأثيرها، فعندئذ يعتبر النفوذ الأدبى إكراهاً كافياً للمطالبة بإبطال العقد[4].

---

(١) وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٢١٠ موجبات وعقود لبناني، فهى تذكر بجانب التهديد الذى يمس العاقد نفسه التهديد الذى يمس زوجه أو أولاده أو أحد أصوله أو فروعه. وهذا التعداد لم يرد على سبيل الحصر بل على سبيل المثال.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١١٠ ص٢٢٠.

(٣) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١٧٤ ص٣٥٩ وبصفة خاصة هامش ١، قارن أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٤٠ ص١٧٢.

(٤) شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٢٢٧، ص٣٥٦، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١١٢ ص٢٢١، ٢٢٢، أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٤١ ص١٧٣. تطبيقاً لذلك تنص = =

٢- يجب أن تكون الرهبة قد بعثت فى نفس المتعاقد بدون وجه حق(١): ويفهم من ذلك أنه إذا كانت الرهبة قد بعثت فى نفس المتعاقد بحق، ما اعتربت إكراهاً، لكن متى تعتبر الرهبة قد بعثت فى نفس المتعاقد بغير حق؟

تعتبر الرهبة بغير حق، إذا كان القانون لا يسمح للشخص أن يبعثها فى نفس المتعاقد معه. فالقانون فى بعض الأحيان وفى حدود معينة يجيز للشخص بأن يسلط على المتعاقد معه سيف الخوف أو الرهبة، فإن فعل ذلك بغية الوصول إلى الغرض الذى سمح القانون بالتهديد من أجله لا أكثر، ومن غير شطط أو إسراف أو تعسف، ورضخ غريمه لما طلبه، ما استطاع هذا الأخير أن يدعى أنه مكرهاً على إجراء التصرف الذى أبرمه(٢).

مثال ذلك استعمال الوسائل والإجراءات التى يكفلها القانون،(٣) كتهديد الدائن مدينه بالالتجاء إلى إجراءات التنفيذ على أمواله أو شهر إفلاسه، وذلك لاستيفاء حقه، فإذا قام المدين تحت تأثير هذا التهديد بالوفاء بالدين أو أنه قام بإبرام عقد قرر به للدائن رهناً على عين يملكها أو تقدم قريب أو صديق لكفالة المدين، فإن هذا التصرفات صحيحة وليس للمدين عليها سبيل للطعن فيها على أساس الإكراه.

لكن إذا أسيء استعمال الوسائل القانونية المقررة، بأن استخدمها الشخص لابتزاز ما يزيد عن حقه، أو كان التعهد الذى حصل عليه منقطع الصلة بالوسيلة القانونية التى هدد باستعمالها، فيكون التصرف قابلاً للإبطال. مثال ذلك تهديد الدائن لمدينه بالالتجاء إلى إشهار إفلاسه إذا لم يبع له عيناً يملكها بثمن بخس.

= = المادة ١/٢١٢ موجبات وعقود لبنانى (تقابل م ١١١٤ مدنى فرنسى) على أن «الخوف الناشئ عن إحترام الأب أو الأم أو غيرهما من الأصول لا يكفى لافساد العقد».

(١) نقض ١٩٨٩/١٢/١٨ الطعن ٦٥٣ لسنة ٥٤ق.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١٧٤ ص٣٦٥.

(٣) ولذلك نصت المادة ٢١٢ موجبات وعقود لبنانى على أنه «لا يكفى لإفساد العقد.. استعمال الوسائل القانونية ما دام هذا الاستعمال مشروعاً أى أن يكون الغرض منه مجرد الحصول على ما يجب»

والرأى السائد فى الفقه يتخذ من الغرض المراد الوصول إليه معياراً لتحديد ما إذا كانت الرهبة المتولدة عن الإكراه بحق أو بغير حق[1]. ولذلك يفرق فى هذا الصدد بين أربعة فروض.

الفرض الأول: استعمال وسيلة غير مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع ومثال هذه الحالة تهديد الشخص بالقتل أو بخطف ابنه، أو بالتشهير به أو بإثارة فضيحة حوله، من أجل الوصول إلى حمله على إبرام تصرف لا يلتزم بإجرائه كإعطائه مبلغاً من النقود لمن يهدده، أو حمله على أن يبيع له مالاً من غير أن يكون له حق فى ذلك، والفقه مستقر على الإكراه متوافر فى هذه الحالة.

الفرض الثانى: استعمال وسيلة مشروعة للوصول إلى غرض مشروع، وفى هذا الفرض لا يتحقق الإكراه، كمن يهدد آخر بالحجز على أمواله بقصد حمله على الوفاء بالدين المستحق له، أو كمن يهدد تاجراً بأن يشهر إفلاسه إذا لم يقم بدفع ما فى ذمته.

الفرض الثالث: استعمال وسيلة مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع، وفى هذا الفرض يتحقق الإكراه، مثال ذلك إذا هدد الدائن مدينه التاجر بشهر إفلاسه بقصد الحصول على مبلغ من المال يزيد على الدين.

الفرض الرابع: استعمال وسيلة غير مشروعة للوصول إلى غرض مشروع، ومثال ذلك تهديد امرأة لعشيقها بالتشهير به لدى خطيبته أو زوجته إذا لم يدفع لها مبلغاً من المال، تعويضاً عما نالها من ضرر. فإن الإكراه لا يتوافر فى هذه الحالة ولكن يشترط ألا تكون الوسيلة غير المشروعة جريمة يعاقب عليها القانون. ومن هنا لا يجوز التهديد بالقتل أو الخطف بقصد الحصول على حق فى ذمة المكره[2].

ويتضح مما سبق أن العبرة دائماً بالغاية أو الغرض، فيقع الإكراه ما دامت الغاية أو الغرض غير مشروع، ويستوى فى ذلك أن تكون الوسيلة مشروعة أو غير مشروعة

---

(١) نقض ١٩٧٠/٦/٩ س٢١ ص١٠٢٢، ١٩٧٤/١/٢ س٢٥ ص٢٠٨.

(٢) شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٢٢٧، ص٣٥٧، توفيق فرج، المرجع السابق، ص١١٣، انظر عكس ذلك عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١٧٤ ص٣٧٠، ٣٧١.

بينما لا يتحقق الإكراه ما دامت الغاية مشروعة بصرف النظر عن الوسيلة المستعملة.

الشرط الثاني: أن تكون الرهبة دافعة إلى التعاقد

سبق أن رأينا أنه يجب أن يكون الإكراه على قدر من الجسامة بحيث تكون الرهبة الناتجة عنه هي التي دفعت المتعاقد إلى التعاقد. بمعنى أن الخطر أو الأذى الذى يتهدد الشخص أو غيره على قدر من الجسامة، بحيث يتصور أنه لا قبل له بدفع هذا الخطر أو إيقاف ذلك الأذى إلا بقبوله التعاقد(1).

واضح إذن أن معيار تقدير الرهبة يعتبر معياراً شخصياً أو ذاتياً(2)، فليست العبرة بمدى تأثير الإكراه فى الشخص العادى، بل العبرة بتأثيرها فى نفس المكره ذاته، فالمهم أن تتأثر إرادة الشخص فيقبل على إبرام عقد ما كان ليبرمه لو كانت إرادته حرة، مثل الريفى الساذج الذى يمضى العقد تحت تأثير عمل من أعمال الشعوذة التى لا يتأثر بها الشخص العادى.

ومسألة خضوع المتعاقد للرهبة مسألة تعتبر موضوعية يقدرها القاضى بسلطان مطلق(3)، مراعياً فى ذلك ما إذا كان الشخص المكره ذكراً أو أنثى، صغيراً أو شاباً أو عجوزاً، ساذجاً أو متحضراً، مريضاً أو موفور الصحة، فى مكان بعيد مما ييسر التأثير عليه، أو فى مكان آهل مما يهيئ له الإفلات من الإكراه، وقع الإكراه فى الليل أم فى النهار، مثل هذه الظروف، وغيرها يدخلها القاضى فى إعتباره، عند تقدير ما إذا كان المتعاقد أبرم العقد مكرهاً أو كانت إرادته حرة فى إبرامه(4). ولذلك نصت المادة

---

(1) وتنص المادة ٢١١ موجبات وعقود لبنانى على أن «الخوف لا يفسد الرضى إلا إذا كان هو الحامل عليه....».

(2) انظر فى تطبيق ذلك نقض ١٩٦٣/١/٢٥ س١٣ ص١٢٧، ١٩٦٦/٢/١٥ س١٧ ص٢٨٧، ١٩٧٠/٦/٩ س٢١ ص١٠٢٢، ١٩٧٤/١/٢ س٢٥ ص٢٠٨، ١٩٩٠/١/١٨ الطعن ١٦٢٠ لسنة ٥٧ق.

(3) نقض ١٩٧٦/١/٢٦ س٢٧ ص٣٠١، ١٩٨١/١١/٣٥ س٣٢ ص٥٠١، ١٩٨٢/١/٢ س٣٣ ص٥١، ١٩٨٤/١/٢٥ الطعن ٥٦٦ لسنة ٥٠ق، ١٩٨٨/١٢/٧ الطعنان ٢٤٧٩ لسنة ٥٤ق، ١٦٣ لسنة ٥٥ق، ١٩٩١/٣/٢٧ الطعن ١٢٨٢ لسنة ٥٣ق.

(4) شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٢٢٨، ص٣٥٨.

١٢٧/٣ مدنى مصرى عى أن «يراعى فى تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى جسامة الإكراه»[١].

الشرط الثالث: اتصال المتعاقد الآخر بالإكراه

يشترط للتمسك باعتباره عيباً يشوب الرضى ويجعل العقد بالتالى قابلاً للإبطال، أن يكون الإكراه متصلاً بمن يتعاقد مع المكره.

ويكون الإكراه متصلاً بالمتعاقد الآخر فى حالتين: حالة ما إذا وقع الإكراه من نفس المتعاقد مع المكره، وهذه هى الحالة الغالبة. وحالة ما إذا صدر من شخص من الغير بشرط أن يكون المتعاقد الآخر، الذى يحتج فى مواجهته بالإكراه، يعلم به أو كان مفروضاً عليه حتماً أن يعلم به. وهكذا نصل إلى أن الإكراه، كالتدليس تماما لا يعتبر مفسداً للرضى، إلا إذا وقع من المتعاقد الآخر، أو إذا كان هذا على علم به أو كان المفروض حتماً أن يعلم به إذا كان هذا الإكراه صادراً من الغير.

وهذا المسلك يتفق وحقيقة الإكراه ويحقق فى الوقت نفسه استقرار المعاملات، فمن ناحية نجد أن الإكراه يفسد الإرادة، أياً كان الشخص الذى صدر منه، سواء كان المتعاقد الآخر أم أجنبياً. ومن ناحية أخرى نجد أن القانون أراد أن يحقق استقرار التعامل، فلا يفاجأ المتعاقد الآخر بإبطال عقد دون أن يعرف لذلك سبباً، ولذلك اشترط علم هذا المتعاقد أو استطاعته العلم بالإكراه حتى يستطيع القاضى أن يجيب المكره لطلبه بإبطال العقد. فإن لم يتحقق هذا الشرط فليس أمام المتعاقد المكره إلا أن يطالب الغير بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية باعتبار أن الإكراه عمل غير مشروع. وذلك كله مع بقاء العقد قائماً.

ويلاحظ فى التعاقد بطريق النيابة، أن العقد يكون قابلاً للإبطال إذا صدر الإكراه من الأصيل ولو لم يعلم به النائب، أو صدر من النائب ولو لم يعلم به

---

(١) وتنص المادة ٢١١ موجبات وعقود لبنانى « ... وللوقوف على ماهيته وتأثيره يجدر الاعتداد بشخصية المكره (كالنظر إلى سنه أو إلى كونه امرأة أو رجلاً أو إلى درجة تعليمه ومنزلته الاجتماعى»

الأصيل. كما إذا صدر الإكراه من الغير، فيكفى لإبطال العقد أن يتحقق العلم أو استطاعة العلم لدى أى منهما[1].

الظروف الملجئة أو الضرورة

يلاحظ أن الإكراه يتوافر إذا هيأت الصدفة ظروفاً استطاع شخص أن يستفيد منها ويحمل الآخر على التعاقد رغماً عن إرادته وهو ما يعبر عنه بحالة الضرورة. مثال ذلك أن يتعرض شخص لخطر الموت ويتقدم الآخر لانقاده، ويشترط أن يأخذ مبلغاً باهظاً لقاء هذا الانقاذ. أو الطبيب الذى يستغل جسامة الإصابة فى حادثة ويشترط أن يأخذ مبلغاً باهظاً لإجراء العملية الجراحية اللازمة. وفى هذين المثالين كان المتعاقد الآخر سيئ النية يعلم بحالة الضرورة فقصد استغلالها للضغط على إرادة العاقد وحمله على التعاقد بالشروط التى حددها، فيتحقق الإكراه الذى يجعل العقد قابلاً للإبطال[2].

ثالثاً: جزاء الإكراه

إذا توافرت شروط الإكراه فإنه يجوز للمكره أن يطالب بإبطال العقد والتعويض إن كان له محل، وكما أنه يقع عليه عبء إثبات الإكراه. فلنر ذلك تفصيلاً.

١- قابلية العقد للإبطال والتعويض إن كان له محل: إذا توافرت شروط الإكراه السابقة، فإن العقد يكون قابلاً للإبطال لمصلحة الطرف الذى وقع ضحية الإكراه، وإذا كان الإكراه يعتبر عيباً يشوب الرضى، ويجعل بالتالى العقد قابلاً للإبطال فإن ذلك لا يجعلنا نغفل حقيقته من حيث إنه عملاً غير مشروع من شأنه أن يجعل مرتكبه مسؤولاً مسؤولية تقصيرية. وعلى ذلك يجوز لضحية الإكراه، إلى جانب الخيار المتاح له بين التمسك بالعقد وإبطاله، أن يطلب التعويض عما ناله من

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١١١ ص٢٢٠.

(٢) فى القانون اللبنانى نص المشرع صراحة على هذه الحالة فى المادة ٢١٠ موجبات وعقود وطبقا لهذا النص يجوز لمن يبرم العقد فى حالة الضرورة تحت ضغط الظروف الخارجية أن يطلب إبطال العقد بسبب الإكراه حتى لو كان الطرف الآخر حسن النية ولم يقصد أن يستفيد من هذه الظروف لاستغلال الطرف المهدد. ولكن عليه فى هذه الحالة أن يدفع تعويض للمتعاقد الآخر حسن النية. هذا التعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة كما سبق أن بينا.

ضرر نتيجة الإكراه، وذلك إذا كان لهذا التعويض محل. بمعنى أنه إذا لم يكن الحكم بإبطال العقد كافياً لجبر ما أصابه من ضرر نتيجة الإكراه فإنه يستطيع أن يطالب علاوة على ذلك بالتعويض. وإذا كان الإكراه صادراً من الغير ولم يكن المتعاقد معه يعلم أو فى استطاعته أن يعلم، ففى هذه الحالة يقتصر حق المتعاقد المكره على المطالبة بالتعويض فقط على أساس المسؤولية التقصيرية، مع بقاء العقد قائماً[1].

٢- عبء الإثبات: يقع على عاتق المتعاقد المكره والذى يطالب بإبطال العقد إثبات حصول الإكراه من المتعاقد الآخر أو من نائبه أو علمه به أو استطاعته العلم به إن كان واقعاً من الغير.

ويجوز إثبات الإكراه بكافة طرق الإثبات، حيث إن إثبات الإكراه إثبات لوقائع مادية.

الفرع الرابع: الاستغلال

الاستغلال هو عيب من عيوب الإرادة وهو يقوم أساساً على انتهاز شخص لناحية من نواحي الضعف الإنساني التي يوجد فيها شخص آخر لكي يحصل منه على مزايا لا تتعادل البتة مع ما يعطيه في مقابلها. ولكن هذا الاستغلال وما يحدث عنه من عدم تعادل تام بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه بمقتضى العقد قد يختلط بالغبن، باعتباره مجرد عدم التعادل بين ما يأخذ العاقد وبين ما يعطيه عند إبرام العقد. لكن الاستغلال يعتبر فى المقام الأول أمراً نفسياً وإن عدم التعادل الناشئ عنه ليس إلا نتيجة استغلال الضعف النفسى لدى المتعاقد الآخر. وعلى ذلك فإنه يجب أولاً، أن نعرض لتعريف الاستغلال وتحديد نطاقه حتى نستطيع أن نميزه عن الغبن، ثانياً: يجب أن نعرض لعناصر الاستغلال، ثالثاً: يجب أن نتعرف على جزاء الاستغلال.

---

(١) نقض ١٩٨٢/١/٢١ س٣٣ ص١٦٠ حيث قضت المحكمة بأنه «وإن كان كل من تقادم دعوى التعويض عن العمل غير المشروع وسقوط الحق فى ابطال العقد لحصوله نتيجة إكراه مدته ثلاث سنوات إلا أن لكل منهما قواعده وشروطه الخاصة به، ومن ثم فإن مجرد سقوط الحق فى إبطال العقد لحصوله نتيجة إكراه وفق لنص المادة ١٤٠ من القانون المدنى لا تتقادم به حتما دعوى التعويض عن الاضرار الناجمة عن هذا الاكراه باعتباره عملا غير مشروع».

أولاً تعريف الاستغلال وتحديد نطاقه

ويجب أن نعرض فى هذا الصدد للتمييز بين الغبن والاستغلال، لننتهى إلى تحديد تعريف للاستغلال.

١ – الغبن والاستغلال: يقصد بالغبن عدم التعادل بين التزامات المتعاقدين وقت إبرام العقد، أى مجرد عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه بمقتضى العقد. وفى هذه الحالة لا ينظر إلا إلى الجانب المادى فقط من حيث اختلال التوازن بين قيمة ما يلتزم به كل من المتعاقدين.

أما الاستغلال فإنه لا يكتفى بالوقوف عند هذا الجانب المادى فقط. ولكن ينظر فضلاً عن ذلك إلى جانب نفسى. وبعبارة أخرى فإنه لا يكفى أن يختل التوازن بين الالتزامات المتبادلة أو عدم التعادل بينها، وإنما يلزم فضلاً عن ذلك أن يستغل أحد الطرفين حالة ضعف نفسى يوجد فيها المتعاقد الآخر المغبون[1]. وعلى ذلك فالغبن فى الاستغلال ليس إلا نتيجة لانتهاز الضعف النفسى لدى المتعاقد الآخر.

ويترتب على التمييز بين الغبن والاستغلال عدة نتائج:

أ– إن الاستغلال يعتبر عيباً من عيوب الإرادة، ولذلك لا يعتبر العقد قابلاً للإبطال لمجرد عدم التعادل فى الالتزامات وإنما لاستغلال أحد المتعاقدين للضعف النفسى الذى يوجد فيه المتعاقد الآخر، مما جعله يبرم العقد بما فيه من غبن تحت تأثير هذا الاستغلال، فتعيبت بذلك إرادته. بينما الغبن عيب مادى فى العقد ذاته، إذ يقوم على مجرد عدم التعادل بين التزامات الطرفين، وذلك بصرف النظر عن الدافع الذى دفع العاقد المغبون إلى قبول العقد على الرغم مما فيه من غبن له.

ب– إن الاستغلال باعتباره عيباً من عيوب الإرادة يعتبر أوسع نطاقاً من الغبن. فإذا كان كل استغلال يتضمن غبناً إلا أنه ليس كل غبن ناشئ عن استغلال. فإذا كان الاستغلال وسيلة تؤدى إلى الغبن إلا أن هذه الوسيلة ليست حتمية. حيث إن من الممكن أن يترتب الغبن دون استغلال. كما أن عدم التعادل فى الالتزامات مبنى

---

(١) توفيق فرج، المرجع السابق، ص١١٥.

فى نظرية الغبن على معيار مادى، أى وفقاً لرقم معين، وذلك دون نظر إلى المعيار الشخصى، أى دون نظر إلى ظروف المتعاقد الشخصية. كما أن الغبن لا يوجد إلا بنص صريح عليه.

جـ- وهذه النتيجة مرتبطة بسابقتها حيث إن الاستغلال متصور بالنسبة لكافة العقود، فيسمح بالطعن فيها بالاستغلال سواء كانت معاوضات أم تبرعات وسواء كانت محددة أم احتمالية. بينما الغبن لا يتصور إلا فى عقود المعاوضة، بوصف كونه اختلالاً فى التعادل بين ما يأخذه العاقد وما يعطيه، فلا يتصور فى عقود التبرع التى يعطى فيها العاقد ولا يأخذ، وبالتالى لا مجال لاختلال التعادل الذى هو علة الغبن. أما الاستغلال فهو يتصور فى نوعى العقد، فكما أن استغلال ضعف العاقد يدفعه إلى قبول عقد معاوضة لا يتعادل فيه ما يأخذه مع ما يعطيه، فهو قد يدفعه كذلك إلى إعطاء ما لا يتقاضى عنه مقابلاً[1].

- **موقف التشريعات من الغبن والاستغلال**: فمن التشريعات ما لا يتضمن أى نص فى شأن الاستغلال، ولم تفسح للغبن إلا مكاناً ضيقاً، فلم تجعله مؤثراً فى العقد إلا فى حالات استثنائية وردت بشأنها نصوص خاصة. هذا هو الشأن بالنسبة للقانون المدنى الفرنسى. ومن التشريعات، وهو الاتجاه الغالب فى التقنينات الحديثة، ما يأخذ بنظرية عامة فى الاستغلال وذلك باعتباره عيباً من عيوب الإرادة، ولكن مع تفاوت فى نطاق الأخذ بهذه النظرية[2]. وتأخذ التشريعات العربية كذلك بنظرية عامة فى الاستغلال باعتباره عيباً من عيوب الإرادة[3].

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١١٣ ص٢٢٤.

(٢) فنجد قوانين البلاد ذات النزعة الجرمانية، وعلى رأسها القانون الألمانى الذى يذهب إلى حد اعتبار الاستغلال عملاً غير مشروع ويرتب عليه بطلان العقد بطلاناً مطلقاً (م١٣٨ مدنى ألمانى)، ويسير فى اتجاه القانون الألمانى، مع تفاوت فى نطاق الأخذ بالنظرية، القانون السويسرى والإيطالى واليونانى، حيث يعتبر الاستغلال عيباً من عيوب الإرادة يجعل العقد قابلاً للإبطال.

(٣) وقد أخذ القانون المصرى بنظام الاستغلال كعيب من عيوب الإرادة، وكسبب لإبطال العقود بوجه عام (م١٢٩) ومنه انتقل إلى قوانين البلاد العربية، كالقانون السورى (م١٣٠) والقانون الليبى (م١٢٩) والقانون العراقى (م١٢٥) والقانون اللبنانى (م١٢٤) وأخيراً القانون الكويتى (م١٥٩ إلى م١٦١).

ولكن يجب أن نشير إلى أن القوانين التى أخذت بنظرية عامة للاستغلال كعيب من عيوب الرضى، وبالتالى كسبب لإبطال العقد بوجه عام، قد أوردت إلى جانب ذلك بعض تطبيقات للغبن المادى فى حالات معينة، وبنصوص خاصة، يعتد فيها بمجرد عدم التعادل بين الأداءات دون بحث فيما إذا كان هذا الغبن ناتجاً عن عيب من عيوب الإرادة(١).

٢- تعريف الاستغلال: نستطيع بعد هذا العرض أن ننتهى إلى أن الاستغلال هو انتهاز أحد المتعاقدين ما لدى المتعاقد الآخر من طيش بيّن أو هوى جامح عند إبرام العقد وذلك للحصول منه على مزايا دون مقابل أو على مزايا لا تتناسب البتة مع ما يحصل عليه هذا المتعاقد.

وهذا التعريف يدفعنا إلى البحث فى عناصر الاستغلال والجزاء المترتب عليه، وهذا ما سنراه فيما يلى.

ثانياً: عناصر الاستغلال

وعلى ضوء التعريف السابق نستطيع أن نقول إن للاستغلال عنصرين: عنصر مادى أو موضوعى وهو اختلال التعادل أو انعدام المقابل، وعنصر نفسى يتمثل فى استغلال حالة الضعف النفسى، الطيش البيّن أو الهوى الجامح، لدى المتعاقد الآخر.

١- العنصر المادى: اختلال التعادل بين الالتزامات اختلالاً فادحاً أو انعدام المقابل:

يتحقق العنصر المادى للاستغلال إذا كان قد ترتب عليه فى عقد المعاوضة أن اختل التعادل اختلالا فادحاً بين التزامات الطرفين، أو ترتب عليه أن أبرم من وقع عليه استغلال عقد تبرع، أى أعطى دون أن يأخذ أى مقابل. وعلى ذلك ندرس على التوالى مدى توافر العنصر المادى فى عقود المعاوضة، ثم بعد ذلك فى عقود التبرع.

---

(١) وأهم هذه الحالات بيع العقار المملوك لشخص لا يتوافر فيه الأهلية إذا تجاوز الغبن خمس قيمة العقار (م٤٢٥ مدنى مصرى) والغبن الذى يزيد عن خمس قيمة نصيب المتقاسم فى عقد القسمة (م٨٤٥ مدنى مصرى).

أ- العنصر المادى فى عقود المعاوضة: الغبن الفاحش: الأصل أنه لا يكفى مجرد الغبن لإمكان الطعن فى العقود بالاستغلال. أى لا يكفى مجرد عدم التعادل بين التزامات الطرفين حتى يمكن أن يطعن فى العقد بالاستغلال، وإنما يلزم أن يكون عدم التعادل على درجة معينة من الجسامة، ولذلك يأتى التساؤل عن معيار الغبن الذى يجيز الطعن فى العقد بالاستغلال؟

المعيار يكمن فى الاختلال الفادح، فى الغبن الفاحش، والحكمة من ذلك واضحة، حيث إن التعادل التام أو المساواة المطلقة بين ما يأخذه المتعاقد وبين ما يعطيه ليست شرطاً لصحة العقد كما أنه ليس أمراً تقتضيه طبيعة العقود، بل إن ضرورة استقرار التعامل تقتضى عدم الاعتداد بالغبن اليسير، ومن المألوف فى التعامل أن يكون فى العقد غالب ومغلوب[1].

ولكن كيف تقدر فداحة اختلال التعادل أو الغبن الفاحش؟

فى الواقع لم يحدد المشرّع نسبة معينة لما يعتبر غبناً فاحشاً، بل الأمر متروك فى هذا لقاضى الموضوع يقدره حسب ظروف الحال والمألوف بين الناس، ولا رقابة عليه فى هذا لمحكمة النقض. وتنص المادة ١/١٢٩ مدنى مصرى على أنه «إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر...».

وإذا كنا بصدد وعد بالعقد، وجب الرجوع إلى وقت الوعد لتقدير الغبن الواقع على الواعد لا إلى وقت إظهار الرغبة، لأن إرادة الواعد بالعقد قد صدرت عند الوعد، أما فى تقدير الغبن الواقع على الموعود له فيرجع إلى وقت إعلان رغبته[2].

ب - العنصر المادى فى عقود التبرع : **انعدام المقابل:** ويتحقق العنصر المادى أيضاً إذا

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١١٥ ص٢٢٦.

(٢) عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٢١٣، ص٢٩١، ٢٩٢.

كان استغلال ضعف العاقد قد دفعه إلى إبرام عقد لا مقابل فيه أصلاً، أى عقد تبرع. وتطبيق نظرية الاستغلال على عقود التبرع ادعى وأوجب. فإذا كانت نظرية الاستغلال تؤدى إلى حماية العاقد المستغل من عدم التعادل الفادح فى عقد المعاوضة، فإن هذه الحماية أوجب إذا كان الاستغلال أدى إلى إبرام عقد تبرع لا تعادل فيه أصلاً[1].

٢- العنصر النفسي: استغلال ضعف نفسي لدى المتعاقد:

- العنصر النفسى هو استغلال ضعف نفسى معين فى المتعاقد (طيش بين أو هوى جامح) أدى به إلى إبرام العقد، رغم ما فيه من اختلال فادح فى التعادل إن كان العقد معاوضة، أو رغم انعدام المقابل إن كان العقد تبرعاً. بمعنى أن يكون هذا الاستغلال هو الذى دفع المتعاقد المغبون إلى التعاقد. وتقدير ما إذا كان الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد أم لا هو من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع[2].

- لكن ما هو المقصود بالضعف النفسى الذى يعتد باستغلاله فيؤدى إلى إبطال العقد؟ للإجابة على هذا التساؤل نرجع إلى قوام نظام الاستغلال وأساسه، فإننا نجد أنه يقوم على أن يعمد شخص إلى أن يفيد من ناحية من نواحى الضعف الإنسانى يتلمسها فى آخر، ليحصل منه على غنم فادح ويحمله بالتالى بغرم مفرط، فيعمل نظام الاستغلال على أن يفوت عليه سوء قصده[3].

فإذا تمشينا مع منطق الأمور ذاته، وجدنا أن كل مظهر من مظاهر الضعف الإنسانى، أياً ما كان نوعه أو طبيعته، من شأنه أن يقيم الاستغلال طالما أنه قد استغل بالفعل فى صاحبه[4]. لكن نجد موقف التشريعات فى هذا الصدد تتفاوت، منها ما

---

(١) السنهورى، المرجع السابق، جزء ١ فقرة ٢٠٦ ص٣٩٦، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ١١٥، ص٢٢٨، ٢٢٩ شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٢٣٢ ص٣٦١.

(٢) نقض ١٩٦٧/٢/١١ س٢٣ ص١٦٢، ١٩٨١/١٢/٣١ س٣٢ ص٢٥٠٨، ١٩٨٣/١/٢ الطعن ٧٢٣ لسنة ٤٦ق.

(٣) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١٨٦ ص٣٩١.

(٤) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١٨٦ ص٣٩١.

يوسع من دائرة الاستغلال[1]، ومنها ما يضيق من دائرته[2]. وسوف نقتصر على عرض الضعف الإنسانى التى يمكن أن تكون محلاً للاستغلال وفقاً لما هو سائد فى غالبية التشريعات العربية.

أ- صور الضعف النفسى التى يمكن أن تكون محلاً للاستغلال:

وهنا سوف نعرض لصور الضعف النفسى وهى حالة الطيش البيّن والهوى الجامح.

(١) الطيش البيّن: هو حالة من يقدم على عمل دون مبالاة أو اكتراث بما قد ينجم عنه من نتائج. فيشمل الخفة والتسرع المؤدين إلى سوء التقدير كما يشمل الإقدام على إبرام التصرف فى فترة من فترات التحمس أو الاستفزاز. ويشمل أخيراً حالة من لا يعبأ إلا بالنتائج الحالة العارضة وإغفال المضار المستقبلة.

فالطيش البيّن حالة مرضية تمنع الشخص من البصر بعواقب الأعمال وتقدير ما

---

(١) ومن هذه القوانين القانون الألمانى (م١٢٨) والقانون الكويتى (م١٥٩) والقانون العراقى (م١٢٥). فنجد القانون الألمانى ينص على إستغلال الخفة وعدم الخبرة، والقانون الكويتى يذكر الحاجة الملجئة، والطيش البيّن والضعف الظاهر والهوى الجامح والقوة الأدبية، بينما القانون العراقى ينص على الحاجة والطيش والهوى وعدم الخبرة وضعف الإدراك.

(٢) من هذه القوانين، القانون المصرى (م١٢٩) والقانون السورى (م١٣٠) والقانون الليبى (م١٢٩) وهذه القوانين الثلاثة تقصر مظاهر الضعف الإنسانى، التى يمكن أن تكون محلاً للاستغلال، على الطيش البيّن والهوى الجامح. وكذلك نجد أن مدونة الالتزامات السويسرية قد ذكرت الحاجة والخفة والغباء وعدم الخبرة (م٢١)، وذكر القانون البولونى الخفة والغباء وعدم الخبرة والحاجة أو الضيق (م٤٢) وقد كانت المادة ١٧٩ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى تنص على أنه «إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل مطلقاً مع ما حصل عليه هذا التعاقد من فائدة بموجب العقد، أو لا تتعادل مطلقاً مع التزامات المتعاقد الآخر، بحيث يكون مفروضاً تبعا للظروف، أن الطرف المغبون قد استغلت حاجته أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إرادته، أو بحيث يتبين بوجه عام، أن رضاءه لم يصدر عن اختيار كاف، فيجوز للقاضى بناء على طلب الطرف المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد، ويسرى هذا الحكم حتى إذا كان التصرف الذى صدر من المغبون تبرعات. ويجوز فى عقد المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى البطلان إذا عرض ما يراه القاضى كافياً لرفع الغبن».

فيها من غبن، وهو على هذا النحو لا يعدم الإرادة وإنما يعيبها. وعلى ذلك فلا يشترط فى الطيش أن يكون حالة مستمرة يتصف بها الشخص على وجه دائم، بل قد يظهر فقط فى نواحٍ معينة أو لفترة محددة(١).

كما أن الطيش البيّن لا يقتصر على الشباب، فقد يوجد أيضاً لدى الأشخاص فى مراحل العمر المختلفة، حتى لدى الشيوخ(٢). وفى جميع الأحوال لا يكفى الإسراف أو البذخ بمفردهما للتدليل عليه، بل يجب أن يثبت أن المغبون كان وقت التعاقد فى حالة طيش بيّن لا يخفى على الطرف الآخر. وتقدير الطيش البيّن من الأمور التى تدخل فى سلطة القاضى، فعليه أن يدخل فى الاعتبار كل ما يمكن أن يوضح له قيام هذه الحالة لدى المتعاقد المغبون.

ومن أمثلة الطيش البيّن الشاب الذى يريد نقوداً سريعة فيقع فريسة سهلة لمن يستغل طيشه فيشترى منه ماله بثمن بخس.

(٢) الهوى الجامح: هو رغبة شديدة تقوم فى نفس المتعاقد، نحو شخص أو شئ، تجعله يفقد سلامة الحكم على هذا الشخص أو ذاك الشئ(٣).

ومن أمثلة الهوى الجامح، امرأة تكره زوجها كرهاً يؤدى بها إلى الرغبة الملحة فى الانفصال عنه، فيحصل منها الزوج على مبلغ طائل من المال فى مقابل طلاقها. ومثل الرجل الطاعن فى السن يتزوج من امرأة شابة تستغل ولعه بها لكى يبرم لصالحها ولصالح أولادها ما تشاء من عقود يؤثرهم بها على زوجته الأولى وأولاده منها.

والجدير بالإشارة أن مجرد المودة والعطف لا يتحقق منه معنى الهوى الجامح،

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١١٦ ص٢٣٠، توفيق فرج، المرجع السابق، ص١١٩، أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٤٩ ص١٨٧.

(٢) توفيق فرج، المرجع السابق، ص١٢٠ إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١١٦ ص٢٣٠.

(٣) نقض ١٩٨٣/١/٢ الطعن ٧٢٣ لسنة ٤٦ق حيث قضت المحكمة بأن « الهوى الجامح هو رغبة شديدة تقوم فى نفس الشخص تجعله يفقد سلامة الحكم على أعمال معينة هى موضوع هذه الرغبة ......» وقد تزيدت المحكم بلا داع فى هذا الحكم بأن شبهت استغلال الهوى الجامح بالاكراه.

فمجرد إيثار أب لأحد أبنائه، فوهبه من ماله، لا يكفى لتحقيق الاستغلال وخاصة إذا كان لهذا الإيثار ما يبرره من عناية خاصة يبذلها هذا الابن لأبيه دون سائر أخوته[1].

وفى خصوص ما تنص عليه المادة ٢/١١٥ مدنى من أن «التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر (على ذى الغفلة أو السفيه) فلا يكون باطلا أو قابلا للابطال، إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ» فانه يقصد بالاستغلال، فى هذه الحالة، أن يغتنم الغير فرصة سفه شخص أو غفلته فيستصدر منه تصرفات يستغله بها ويثرى من أمواله. أما التواطؤ فانه يكون عندما يتوقع السفيه أو ذو الغفلة الحجر عليه فيعمد إلى التصرف فى أمواله إلى من يتوطأ معه على ذلك بقصد تفويت آثار الحجر المرتقب. ومن ثم لا يكفى لابطال التصرف أن يعلم المتصرف إليه بما كان يتردى فيه المتصرف من سفه أو غفله بل يجب أن يثبت إلى جانب هذا العلم قيام الاستغلال أو التواطؤ بالمعنى السابق بيانه. كما أنه لا يكفى لتحقيق هذا الاستغلال توفر قصد الاستغلال لدى المتعاقد مع السفيه أو ذى الغفلة بل يجب لذلك أن يثبت أن هذا المتعاقد قد إستغل ذى الغفلة أو السفيه فعلا وحصل من وراء العقد على فوائد أو ميزات تجاوز الحد المعتدل حتى يتحقق الاستغلال بالمعنى الذى يتطلبه القانون[2].

ويكفى طبقا لهذا النص لابطال التصرف الصادر من ذى الغفله أو السفيه قبل تسجيل قرار الحجر أن يكون نتيجة إستغلال أو تواطؤ فلا يشترط اجتماع هذين الأمرين، بل يكفى توافر أحدهما[3].

ب- استغلال هذا الضعف النفسى: والجدير بالذكر أنه لا يكفى مجرد التحقق من قيام حالة الطيش والهوى فى المتعاقد، بل يجب أن يكون المتعاقد الآخر قد استغل هذا الضعف فيه، وهذا يقتضى أن يكون المتعاقد الآخر عالماً على الأقل بحالة الضعف هذه. على أن يكون ثبوت العلم للاستدلال على وقوع الاستغلال ما دام العقد ينطوى على غبن فاحش أو انعدم فيه المقابل[4].

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١١٦ ص٢٣١.
(٢) نقض ١٩٦٤/٥/١١ س١٥ ص٧٠٦، ١٩٧٢/٢/١٥ س٢٣ ص١٦٢.
(٣) نقض ١٩٧٢/٢/١٥ س٢٣ ص١٦٢.
(٤) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١١٦ ص٢٣١.

وإذا تم العقد بطريق النيابة، فيكفى للطعن فى العقد بالاستغلال أن يكون النائب قد استغل هوى المتعاقد الآخر أو طيشه، ولو لم يعلم الأصيل عن ذلك شيئاً(١).

ويعتبر الاستغلال صادراً من المتعاقد الآخر، ولو كان التأثير على المتعاقد المستغل قد وقع من شخص أجنبى عن العقد، ما دام المتعاقد الآخر يعلم بهذا التأثير فاستفاد منه. مثل ذلك أن يعقد الزوج الطاعن فى السن، تحت تأثير زوجته الشابة الهائم بها، عقداً مع قريب لها يهبه فيه بعض ماله، أو عقد معاوضة يختل فيه التعادل لصالح ذلك القريب(٢).

أخيراً يجب أن نلفت النظر إلى أنه بين العنصر الموضوعى والعنصر النفسى علاقة سببية، بمعنى أن استغلال أحد العاقدين للضعف النفسى لدى العاقد الآخر هو سبب اختلال التعادل أو انعدام المقابل فى العقد. كما أن اختلال التعادل أو انعدام المقابل فى العقد هو نتيجة استغلال أحد العاقدين لهذا الضعف النفسى لدى العاقد الآخر(٣).

ثالثاً: جزاء الاستغلال

وهنا سنجد أن لجزاء الاستغلال طبيعة خاصة، حيث إنه يعطى للعاقد المستغل الحق فى طلب إبطال العقد أو إنقاص التزاماته بدلاً من طلب الإبطال، كما أن للمتعاقد الآخر فى عقود المعاوضة أن يتوقّى الحكم بإبطال العقد إذا عرض زيادة فى التزاماته لرفع الغبن. كما أن دعوى الاستغلال يجب أن ترفع خلال مدة سنة من وقت إبرام العقد(٤). فلنعرض لكل هذه النقاط تفصيلاً:

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١١٦ ص٢٣١.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١١٦ ص٢٣١.

(٣) انظر فى نفس هذا المعنى نقض ١٩٨٣/٣/٢٢ س٣٤ ص٧١٨

(٤) م ١٢٩ مدنى مصرى، م١٣٠ سورى، ١٢٥ عراقى.

١ – الجزاء: إبطال العقد أو إنقاص الالتزامات الباهظة: يتميز الاستغلال عن عيوب الرضى الأخرى بأحكام خاصة فيما يتعلق بالجزاء الذى يترتب عليه وهذا الجزاء قد يكون إبطال العقد أو إنقاص الالتزامات الباهظة التى يتحملها العاقد الذى وقع ضحية الاستغلال إلى الحد الذى ينتفى به أثر الاستغلال. وعلى ذلك يجب أن نفرق بين فرضين:

الفرض الأول: أن يطالب العاقد الذى وقع عليه الاستغلال بإبطال العقد:

وفى هذه الحالة القاضى يملك سلطة تقديرية واسعة:

(١) فهو إما أن يجيب المتعاقد المغبون إلى طلبه وذلك إذا وجد أن الاستغلال معيب للإرادة إلى حد أنه أفسد الرضى، أى إذا كان المتعاقد لم يكن ليبرم العقد لولا هذا الاستغلال.

على أنه إذا كان العقد معاوضة، فيجوز للمتعاقد الذى صدر منه الاستغلال أن يتوقى الحكم بإبطال العقد، إذا عرض زيادة فى التزاماته هو يراها القاضى كافية لرفع الغبن. كما لو عرض المشترى الذى استغل البائع زيادة فى الثمن ترفع الغبن عن البائع. ومقدار الزيادة الذى يكفى لرفع الغبن يرجع إلى تقدير القاضى. وهذه السلطة التقديرية لا رقابة لمحكمة النقض عليها. وبصفة عامة لا يجوز للقاضى أن يزيد التزامات المتعاقد الذى صدر منه الاستغلال إلا بناءً على طلبه. وعلى ذلك فإنه لا يجوز أن يقضى بها بناءً على طلب المتعاقد الذى وقع عليه الاستغلال.

(٢) وقد يرى القاضى أن الرضى لم يفسد إلى هذا الحد، ووجد أن إنقاص الالتزامات الباهظة كافٍ لرفع الغبن الذى يقع على العاقد المغبون. وفى هذه الحالة يبقى العقد قائماً وتنقص الالتزامات الباهظة إلى الحد الذى ينتفى معه أثر الاستغلال والقاضى لا يخضع فى ذلك لرقابة محكمة النقض.

الفرض الثانى: أن يطالب ابتداء المتعاقد الذى وقع عليه الاستغلال بإنقاص التزاماته بدلاً من طلب الإبطال. وفى هذه الحالة لا يجوز للقاضى أن يحكم بإبطال العقد وإلا يكون قد قضى بما لا يطلبه الخصوم وهذا ممتنع عليه.

والقاضى ينقص التزام الطرف المغبون إلى الحد المعقول الذى يزيل الاختلال الفادح بين التزامات الطرفين. فإذا كان المشترى مثلاً هو المغبون فإن القاضى ينقص الثمن إلى القدر الذى يراه كافياً لإزالة الاختلال الفادح. وهذا أمر متروك لتقدير القاضى على ضوء الظروف والملابسات.

٢- سقوط دعوى الاستغلال: يوجب القانون أن ترفع دعوى الاستغلال. سواء طلب فيها الإبطال أو الإنقاص «خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة».

وفى هذا يختلف الاستغلال عن سائر عيوب الرضى التى تتقادم دعوى الابطال فيها بأقل المدتين، ثلاث سنوات من وقت انكشاف الغلط أو التدليس أو انقطاع الإكراه، أو خمس عشرة سنة من وقت انعقاد العقد.

ومدة دعوى الاستغلال مدة سقوط لا مدة تقادم، فلا تقبل الوقف أو الانقطاع وذلك على عكس سائر عيوب الرضى. وهذه المدة، وهى سنة واحدة، يبدأ سريانها من وقت انعقاد العقد. وذلك على عكس مدة الثلاث سنوات التى لا يبدأ سريانها إلا من وقت انكشاف الغلط أو التدليس أو انقطاع الإكراه.

وإذا كان المشرع يهدف من قصر مدة دعوى الاستغلال إلى «حسم النزاع بشأن العقود التى يداخلها الاستغلال، فلا يبقى مصير العقد معلقاً مدة طويلة على دعوى مجال الإدعاء فيها واسع فسيح»[1]، فإن جعل بدء سريان المدة من تاريخ العقد لا سبيل إلى تبريره بأى حال، إذ من شأنه أن تفوت فى الغالب من الأحيان الحماية التى قرر المشرّع تحقيقها للمتعاقد الذى وقع عليه الاستغلال. ولذلك فقد كان الأولى أن يسوى بين الاستغلال وبين سائر عيوب الرضى فى بدء المدة، فلا تسرى مدة السنة الأولى إلا من الوقت الذى يزول فيه العيب، أى من وقت زوال الطيش أو الهوى[2].

---

(١) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٥١، ص١٨٩، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١١٧ ص٢٣٥، وانظر تفسيرا آخر للمادة، عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١٩٠، ص٤٠١، ٤٠٢.

(٢) إسماعيل غانم، المحاضرات، ص١٤٤.

المبحث الثاني: المحل (الموضوع)

- محل العقد ومحل الالتزام:

تبيّنا، فيما سبق أن للعقد أركاناً ثلاثة لا يقوم بغير توافرها، وهى الرضى والمحل والسبب. وقد انتهينا من الكلام عن الرضا. ونتناول الآن الركن الثانى وهو المحل.

ومحل العقد هو العملية القانونية التي يراد تحقيقها عن طريق التراضى. ومحل الالتزام هو الأداء الذى يجب على المدين أن يقوم به لصالح الدائن. وهو إما أن يكون إعطاء شيء أو عمل أو امتناع عن عمل(١).

فإذا كان محل العقد هو العملية القانونية التى تراضى الطرفان على تحقيقها الا أن تحقيق هذه العملية القانونية لا يتم إلا عن طريق إنشاء التزامات على عاتق الطرفين أو على عاتق أحدهما. لذلك فإن محل العقد يتحدد بمحل الالتزامات الرئيسية التى تتحقق بها العملية القانونية المقصودة. ففى عقد البيع مثلاً، إن العملية القانونية التى يهدف إليها المتعاقدان من تعاقدهما هى نقل الملكية فى مقابل ثمن نقدى. هذه العملية القانونية لا تتحقق إلا عن طريق إنشاء التزام بنقل الملكية على عاتق البائع، والتزام بدفع الثمن على عاتق المشترى.

وبناءً على ما تقدم نجد أن محل العقد هو مجموع محال الالتزامات الناشئة منه أو هو على الأقل محال الالتزامات الرئيسية فيه. ومن ثم فإن الشروط التى يجب توافرها فى محل العقد هى ذاتها الشروط التى يستلزمها القانون فى محل الالتزامات الناشئة منه. وهذه الشروط تتلخص فى ثلاثة:

١- أن يكون المحل ممكنا وموجودا.

٢- أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين.

٣- أن يكون المحل مشروعاً.

---

(١) لذلك نصت المادة ١٨٦ موجبات وعقود على أن «الموضوع الحقيقى لكل عقد هو إنشاء الموجبات، على أن هذا الغرض لا ينال إلا إذا كان للموجبات نفسها مواضيع توافرت فيها بعض الصفات».

المطلب الأول: إمكان المحل ووجوده

أول شرط يجب توافره فى المحل هو أن يكون ممكناً وموجوداً. ولندرس هاتين النقطتين على التوالى:

أولاً: وجوب أن يكون المحل ممكنا

القاعدة فى هذا الصدد أنه لا التزام بمستحيل، وعلى ذلك فلا ينشأ الالتزام إلا إذا كان محله ممكناً.

وفى هذا الصدد يجب أن نفرق بين الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية. لأن الاستحالة المطلقة هى وحدها التى تحول دون نشوء الالتزام وتؤدى إلى بطلان العقد بشرط أن تكون هذه الاستحالة قائمة وقت التعهد بهذا الالتزام. والاستحالة المطلقة هى الاستحالة التى تقوم بالنسبة لجميع الناس، فيكون الالتزام مستحيلاً فى ذاته. أما الاستحالة النسبية فهى الاستحالة التى تجعل الالتزام مستحيلاً على المدين وممكناً بالنسبة لغيره، ولذلك فهذه الاستحالة لا تحول دون قيام الالتزام ويكون المدين مسؤولاً عن عدم تنفيذ التزامه[1].

يتضح مما سبق إذن أن الاستحالة التى تحول دون قيام الالتزام وتؤدى إلى بطلان العقد هى الاستحالة المطلقة القائمة وقت التعهد بالالتزام. وعلى ذلك فالاستحالة اللاحقة، ولو كانت مطلقة فهى بداهة لا تمنع من قيام الالتزام حيث إنه قد نشأ من قبل وإن العقد قد انعقد صحيحاً. ولكن الاستحالة المطلقة اللاحقة مع ذلك لا تعدم كل أثر وإنما قد تؤدى إلى انقضاء الالتزام بعد أن وجد، وذلك إذا كانت ناتجة عن سبب أجنبى لا يد للمدين فيه. أما إذا كان المدين نفسه هو الذى تسبب فى هذه الاستحالة اللاحقة فإن الالتزام لا ينقضى، ولكن الدائن لن يتيسر له الحصول على تنفيذه عيناً، فيجب التعويض على المدين[2].

---

(١) ولذلك نصت المادة ١٩١ موجبات وعقود على أنه «باطل كل عقد يوجب شيئاً أو فعلاً مستحيلاً إذا كانت تلك الاستحالة مطلقة لا يمكن تذليلها». «أما الاستحالة التى لا تكون إلا من جهة المديون فلا تحول دون صحة العقد والموجب الذى لم ينفذ يتحول حينئذ إلى بدل عطل وضرر».

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٢٠ ص٢٤٠.

وتتنوع الاستحالة المطلقة إلى استحالة طبيعية واستحالة قانونية. والاستحالة الطبيعية هى التى ترجع إلى طبيعة الأشياء، كما إذا التزم شخص بأن يلمس الشمس، أو أن يطير بذات نفسه فى الفضاء. والاستحالة القانونية هى التى ترجع إلى سبب فى القانون، كما لو تعهد محامٍ برفع استئناف فى حكم غير قابل للاستئناف، أو فات ميعاد استئنافه.

ثانياً: وجوب أن يكون المحل موجوداً أو قابلاً للوجود

وهذا الشرط لا يقتصر على الالتزام بإعطاء، أى بإنشاء حق عينى على شئ أو نقله، بل هو ضرورى كذلك فى الالتزام بعمل إذا كان هذا العمل متعلقاً بشئ كما فى التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة فلابد من وجود الشئ حتى يكون الالتزام ممكناً[1].

ويقصد بهذا الشرط أن يكون الشئ موجوداً وقت نشوء الالتزام أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك. والأمر هنا يتوقف على قصد المتعاقدين وقت إبرام العقد.

وعلى ذلك إذا اتجهت إرادة العاقدين إلى التعاقد على شئ موجود فعلاً وقت التعاقد لا على شئ ممكن الوجود، فإنه إذا تبين أن هذا الشئ لم يكن موجوداً وقت التعاقد فإن الالتزام لا يقوم حتى ولو أمكن وجوده فى المستقبل. وكذلك يكون الحكم إذا وجد الشئ ثم هلك قبل التعاقد. أما إذا هلك الشئ بعد نشوء الالتزام فإن الالتزام يكون قد قام وقت نشوئه على محل موجود. ويكون العقد قد انعقد صحيحاً. والحكم فى هذه الحالة يتوقف عما إذا كان الهلاك راجعاً إلى خطأ المدين أو راجعاً إلى سبب أجنبى لا يد للمدين فيه، ففى الفرض الأول يجب على المدين تنفيذ الالتزام بمقابل، وفى الفرض الثانى ينقضى الالتزام. والجدير بالملاحظة فى هذا الصدد أن هذا الحكم قاصر على حالة ما إذا كان الشئ معيناً بالذات، إذ فى هذه الحالة فقط يتصور أن تنصرف إرادة المتعاقدين إلى النظر إلى الشئ على أنه موجود وقت التعاقد، أما إذا كان الشئ معيناً بنوعه فحسب فإن البحث فى وجوده لا يثور إلا عند تنفيذ الالتزام لا وقت انعقاد العقد[2].

---

(١) وقد نصت المادة ١٨٨ موجبات وعقود على أن «عدم وجود الموضوع يستلزم انتفاء وجود العقد».

(٢) انظر اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٢٠، ص٢٤٢، عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ١٩٨ ص٤١٤.

على أن إرادة العاقدين قد تتجه إلى التعاقد على الشئ باعتبار أنه سيوجد فى المستقبل كما فى بيع المنزل أو تأجيره قبل تمام بنائه أو حتى قبل البدء فى إقامته، وكما فى بيع صاحب المصنع قدراً من مصنوعات مصنعة قبل صنعها، وبيع محصولات الأرض قبل أن تنبت فما حكم هذه التصرفات؟

الأصل أن التعامل فى الأشياء المستقبلة جائز. تنص المادة ١/١٣١ مدنى مصرى على أنه «يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلا»، على أن القانون قد يحرم لاعتبارات خاصة ضروباً من التعامل فى الشئ المستقبل كما فعل عندما جعل باطلاً رهن المال المستقبل رهناً رسمياً (م ٢/١٠٣٣ مدنى مصرى) أو رهناً حيازياً (م١٠٩٨) وقد يحرم جميع ضروب التعامل فى نوع خاص من المال المستقبل كما فعل عندما حرم التعامل فى التركة المستقبلة كما سوف نرى[١].

وإذا كان التعامل فى الأشياء المستقبلة جائز، إلا أنه يشترط أن يكون الشئ قابلاً للوجود فى المستقبل. فإذا لم يكن الشئ قابلاً للوجود فى المستقبل لا ينشأ الالتزام لاستحالة المحل. ومثال ذلك إذا اتفق على تأجير شقة فى طابق علوى من المنزل المزمع بناؤه وكان قانون تنظيم المبانى لا يجيز الارتفاع بالبناء الذى اتفق على أن تكون فيه الشقة المؤجرة[٢].

حظر التعامل فى التركة المستقبلة:

رأينا أن الأصل هو أنه «يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً». «غير أن التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، إلا فى الأحوال التى نص عليها فى القانون[٣].

- وحظر التعامل فى التركة المستقبلة قاعدة ترجع فى أصلها الأول إلى القانون الرومانى ومنه انتقلت إلى القوانين الحديثة عن طريق النص عليه صراحة فى المجموعة المدنية الفرنسى.

---

(١) السنهورى، المرجع السابق، جزء١. فقرة ٢١٦ ص٤١١.

(٢) انظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٢٠ ص٢٤٢، ٢٤٣.

(٣) م ١٣١ مدنى مصرى ويقابل هذا النص المادة ١٣٢ مدنى سورى، والمادة ١٣١ مدنى ليبى والمادة ١٢٩ مدنى عراقى (موافق) والمادة ١٨٨ موجبات لبنانى (موافق).

الحكمة من هذا الحظر ترجع إلى التعامل فى التركات المستقبلة يتضمن المضاربة على حياة المورث، كما أن هذا الحظر يؤدى إلى تفادى تعجل أصحاب النفوس الضعيفة بالتخلص من حياة صاحب التركة. وهذا الحظر روعى فيه أيضاً مصلحة الوارث الطائش الذى قد يبدد أموال التركة قبل أن يتلقاها، من أجل هذا منع التعامل على تركة مستقبلة حتى ولو رضى المورث. كما أن منع المورث فى التعامل فى تركته المستقبلة يرجع إلى مخالفته لقواعد الميراث التى هى من صميم النظام العام[1].

- والمقصود بالتركة المستقبلة مجموع ما ينتظر أن يتركه شخص، لازال على قيد الحياة، من حقوق والتزامات عند موته[2].

- ونطاق الحظر الذى يقرره القانون يشمل كل تعامل يتم حال حياة الشخص ويكون محله تركته المستقبلة، سواء فى مجموعها أو فى جزء شائع من هذا المجموع، أو فى مال أو دين معين باعتباره أحد عناصرها. كما يستوى أن يكون التصرف قد صدر من الوارث أو من المورث نفسه، وسواء كان المتصرف إليه وارثاً احتمالياً أم أجنبياً.

- وعلى ذلك لا يجوز للمورث المحتمل، أن يبيع الأموال التى سوف يتركها عند موته، وإنما يجوز له أن يوصى فى الحدود التى يسمح بها القانون، كما أنه لا يجوز له أن يتفق مع أحد ورثته المحتملين على أن يكون نصيبه من التركة أكبر أو أقل من نصيبه القانونى، أو أن يكون لهذا الوارث الحق فى أن يحصل على مال معين من أموال التركة يختص به وحده خصماً من حصته الميراثية أو بالإضافة إليها. والحظر فى هذه الحالات وغيرها يرجع إلى أن هذه العقود تتضمن تعديلاً فى أحكام الميراث، وتعديل أحكام الميراث لا يكون إلا بطريق الوصية وفى الحدود التى رسمها القانون، والوصية تتميز بأنه يجوز الرجوع فيها حتى موت الموصى، فهى لا تنفذ إلا بوفاة الموصى مصراً عليها، كما أنها لا تنفذ فى حق الورثة إلا فى حدود ثلث التركة وما

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٢٠٠، ص٤١٦.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٣٢، ص٢٤٥.

يجاوز الثلث يتوقف على إقرار الوارثة حتى ينفذ فى حقهم. وذلك كله بخلاف العقد الذى يعقده المورث فى حال حياته بشأن تركته، فلو صح لما أمكن الرجوع فيه، ولوجب عدم الاعتداد بأية وصية لاحقة تتعارض معه، وهذا تقييد لحرية الإيصاء وقد جعلها القانون من النظام العام[1].

• كما لا يجوز للوارث المحتمل أن يبيع أو يرهن أو يؤجر نصيبه الذى يأمل أن يناله من التركة، أو مالاً معيناً منها على اعتبار أنه سيأخذه بالميراث أو بالوصية وسواء فى ذلك أصدر التصرف لوارث احتمالى آخر أم أجنبى، وسواء ارتضاه المورث أو لم يرتضه. كما لا يجوز أن يتفق الورثة المحتملون على قسمة تركة مورثهم حال حياته، أو عدم الاعتداد بأى وصية تصدر من المورث لأحدهم ولو كانت نافذة قانوناً.

• لكن يجب أن نلفت الانتباه إلى أن نطاق هذا الخطر ينحصر فقط فى التصرفات التى ترد فى شأن مال، اعتباراً بأنه سيكون من مشتملات تركة مستقبلة لإنسان لا زال على قيد الحياة عند التصرف. وعلى ذلك فليس هناك ثمة ما يمنع من أن يتصرف الشخص فى أمواله ولو كلها، إذا ورد التصرف على أنه يسرى حال حياته. فيجوز للشخص، مثلاً أن يبيع أو يهب كل أمواله، إذا كان المقصود من البيع أو الهبة أن تسرى فوراً لا بعد الممات، وأن تكون هذه التصرفات حقيقية لا صورية، كما أنه لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يتحمل شخص فى الحال بالتزام معين، ويتفق مع دائنه على أن يكون الوفاء به عند موت مورثه المحتمل، حيث إن الأمر لا يعدو أن يكون اقتران التزام المدين بأجل حدد بوفاة مورثه المحتمل، ولذلك قد يسقط هذا الأجل قبل حلوله بسبب من الأسباب المسقطة للأجل (م٢٧٣ مدنى مصرى).

— وجزاء حظر التعامل فى التركات المستقبلة هو وقوع التصرف باطلاً، ولو تم من المورث المحتمل أو برضاه، والبطلان هنا مطلق، لمخالفة المحل للنظام العام، ولكل ذى مصلحة أن يتمسك به، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها[2].

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٢٢ ص٣٤٨.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٢٠٠ ص٤١٦.

المطلب الثانى: تعيين المحل أو قابليته للتعيين

الشرط الثانى الذى يلزم توافره فى محل الالتزام هو أن يكون معيناً، أو فى الأقل قابلاً للتعيين.

ويتحدد معنى هذا الشرط بحسب طبيعة الأداء الذى يلتزم به المدين. وعلى ذلك يجب أن ندرس كيفية تحقق هذا الشرط إذا كان الالتزام بعمل، أو بامتناع عن عمل أو بإعطاء[1].

أولاً: الالتزام بعمل أو امتناع عن عمل

إذا كان محل الالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل، فإنه يجب أن يكون ما التزم به المدين معيناً أو قابلاً للتعيين. فإذا تعهد مقاول ببناء منزل فإنه يجب أن تعين أوصاف ذلك المنزل وإلا كان العقد باطلاً. وفى التزام المدين بعدم المنافسة يجب أن يعين فيه موضوع عدم المنافسة وأن يكون هذا الالتزام محدداً بنطاق جغرافى معين وبأجل زمنى محدد وإلا وقع باطلاً.

ويكون المحل قابلاً للتعيين، إذا تضمن العقد العناصر الكافية لتعيينه، كأن يذكر أن البناء معد لمستشفى تستقبل عدداً معيناً من المرضى أو ملعباً لاستقبال عدد معين من النظارة. فإذا لم يتضمن العقد الأسس التى تمكن من تعيين المحل كان العقد باطلاً.

ثانياً: الالتزام بإعطاء

والالتزام بإعطاء هو الالتزام الذى يكون محله نقل حق عينى على شئ، أو إنشاء هذا الحق ابتداء. وعلى ذلك يجب أن يكون هذا الشئ معيناً أو قابلاً للتعيين. ولدراسة كيفية تحقيق هذا الشرط فإنه يجب أن يميز فى هذا الصدد بين الأشياء القيمية أى المعينة بالذات، والأشياء المثلية أى التى تقوم بعضها مقام البعض فى الوفاء.

---

(١) وقد أشارت المادة ١٨٧ موجبات وعقود إلى هذا التقسيم بنصها على أنه: «يمكن أن يكون الموضوع فعلاً (وهذا موجب الفعل) أو إمتناعاً (وهذا موجب الامتناع) أو انتقالاً لملك أو انشاء لحق عينى (وهذا موجب الأداء).

١- **إذا كان الشئ معيناً بالذات:** وجب تحديد ذاتية الشئ عن طريق وصفها وصفاً يؤدى إلى التعرف عليها، وتمييزه عن غيره، فبيع المنزل يقتضى تعيين موقعه وذكر أوصافه الأساسية، وبيع الأرض يستلزم تحديد موقعها ومساحتها وتعيين حدودها، وبيع السيارة يوجب بيان نوعها وعلامتها المميزة.

٢- **إذا كان الشئ معيناً بالنوع:** أى إذا كان الشئ من المثليات فلا يلزم فيه التعيين بالذات بل يكفى تعيين جنسه ونوعه ومقداره. فيذكر فى البيع مثلاً أن المبيع قطن من نوع جيزة ٤٥ وأن مقداره مائة قنطار، أو يذكر أن المبيع قمح من النوع الأمريكى وأن مقداره ألف أردب... وهكذا. فى بعض الأحيان يقتصر التعيين على بيان الجنس والنوع والمقدار دون أن تذكر درجة الجودة، فهل هذا يؤثر على تعيين المحل؟ الإجابة بالنفى وذلك لأنه إذا لم يتيسر استخلاص الجودة من العرف أو من ظروف التعاقد، وجب أن يكون الصنف متوسطاً، وهذا ما فرضه القانون (م١٣٣/٢ مدنى مصرى).

الالتزام بدفع مبلغ من النقود:(١)

إذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود فهنا أيضاً يجب تعيين نوعها ومقدارها، فيلتزم المدين مثلاً بدفع مقدار معين الجنيهات أو من الريالات السعودية أو من الدولارات الأمريكية.

---

(١) بصدد هذا الالتزام الفقه الفرنسى والقانون الوضعى الفرنسى يميز بين الالتزام النقدى Dette de monnaie والذى يكون محله مبلغ محدد من النقود منذ البداية، والالتزام القيمى Dette de valeur وهو الذى يكون محله مبلغ من النقود لكن قيمة هذا المبلغ غير محددة بكمية معينة من النقود منذ البداية ولكنها ستحدد عند الاستحقاق. وانظر حول خصوصية هذا الالتزام فى الفقه الفرنسى بالذات.

- Souci, le spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent, R.t.d.c. 1982, p. 514, Bruneau, la distinction des obligation monétaires et des obligations en nature, thèse, Paris 1984, Raymaud, les dettes de valeur en droit français Mélanges Brèthe de la Gressaye. p. 611, Pierre Français, la nation de dette de valeur en droit civil, 1975. Durand, la dette de valeur en droit français, thèse Paris, 1972

والالتزام بدفع مبلغ من النقود له طبيعة خاصة حيث إن قيمة هذه النقود تتعرض للتقلبات، ارتفاعاً أو انخفاضاً، وبالتالى كان لنا أن نتساءل هل المدين يلتزم بدفع المبلغ المحدد والمتفق عليه أم أنه سيؤخذ فى الاعتبار تغير قيمة النقود؟

القاعدة فى القوانين العربية أنه إذا كان محل الالتزام نقوداً التزم المدين بقدر عددها المذكور فى العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر (م١٣٤ مدنى مصرى).

وقد حاول الدائنون الإفلات من هذه القاعدة عن طريق اشتراط استيفاء حقهم بالذهب أو ما يعادل قيمة الذهب من العملة الورقية. وهذا شرط معروف ويسمى «شرط الوفاء بالذهب» ويقصد به الإفلات من تقلبات العملة الورقية ذات السعر الإلزامى، بحيث يضمن الدائن الحصول على القيمة التى قدرت بالذهب فى العقد. وقد صدرت تشريعات فى جميع الدول تقريبا تحرم هذا الشرط وتنص على بطلان شرط التعامل بالذهب فى المعاملات الداخلية والخارجية على حد سواء[١]. وقد اهتدى الدائنون إلى شرط المراجعة أو شرط التسعير الذى يتضمنه العقد فى مثل هذه الاحوال وذلك ليصلوا إلى مبتغاهم فى المحافظة على قيمة النقود بحيث يتحدد مبلغ النقود الواجب الاداء بالنظر لمؤشرات indices يتفق عليها بين المتعاقدين وقد وضع القضاء الفرنسى والمشرع الشروط والضوابط لهذه المؤشرات[٢].

المطلب الثالث: مشروعية المحل

والشرط الثالث والأخير، الذى يلزم توافره فى محل الالتزام، هو أن يكون مشروعاً أى جائزاً قانوناً. لكن ما هو المقصود بهذا الشرط؟ المقصود بهذا الشرط أنه «إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً» (م١٣٥ مدنى مصرى).

---

(١) انظر فى مصر المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥م، وفى فرنسا القانون الصادر فى ٣٠ ديسمبر ١٩٥٨م و٤ فبراير ١٩٥٩م وانظر الخلاف حول نطاق هذين القانونين.

B. Starck, Droit civil, obligations, 1972, no 1413 P. 349 et s.

(٢) انظر: B. Starck, op. cit, no 1413, p. 349 et s.

وعلى ذلك فإنه إذا كان محل الالتزام نقل حق عينى أو إنشائه وجب أن يكون الشئ الذى يرد عليه الحق مما يجوز التعامل فيه. وإذا كان محل الالتزام عملاً أو امتناعاً عن عمل، وجب أن يكون هذا العمل أو الامتناع مشروعاً. ولندرس الآن كيف يتحقق هذا الشرط فى هذه الالتزامات.

أولاً: الالتزام بإعطاء:

وبالنسبة لهذا الالتزام، سبق أن رأينا أنه يجب أن يكون الشئ الذى يرد عليه الحق مما يجوز التعامل فيه حتى يكون محله مشروعاً. وعلى ذلك إذا كان الشئ الوارد عليه الحق يخرج من التعامل بطبيعته أو بحكم القانون فإن المحل يكون غير مشروع، ويبطل العقد بالتالى. ومن هنا يتضح لنا أن الأشياء التى تخرج عن التعامل نوعان:

١- أشياء تخرج عن التعامل بطبيعتها (م٢/٨١ مدنى مصرى) وهى الأشياء التى لا يستطيع أحد الاستئثار بحيازتها. مثل الهواء ومياه البحر وأشعة الشمس. فهذه أشياء مشتركة أى يشترك فى الانتفاع بها الناس كافة فلا يحول انتفاع أحدهم دون انتفاع الآخرين. والمفهوم بداهة أن هذه الأشياء ينظر إليها فى مجموعها فهى التى تستعصى على الحيازة، إذ لا مانع من الاستئثار بجزء من الهواء المضغوط أو كمية من ماء البحر أو النهر لغرض خاص.

٢- الأشياء التى تخرج عن التعامل بحكم القانون (م٢/٨١ مدنى مصرى)، وهى الأشياء التى لا يجوز أن تكون محلاً للحقوق المالية، فيكون الالتزام بإنشاء حق عليها التزاماً باطلاً. ويخرج الشئ عن التعامل بحكم القانون فى حالتين: الأولى: يخرج الشئ عن التعامل مراعاة للغرض الذى خصص له، مثل الأموال العامة، والأموال الموقوفة، حيث إنه لا يجوز التصرف فيها ولا الحجز عليها أو تملكها بالتقادم. ولكن يجوز إجراء بعض التصرفات المتعلقة بهذه الأموال بشرط ألا تتعارض هذه التصرفات مع الغرض الذى خصصت له، ومثال ذلك منح رخصة لإقامة أكشاك الاستحمام على شاطئ البحر. والحالة الثانية: يخرج الشئ عن التعامل لحكمة يتوخاها القانون، مثل حظر التعامل فى المخدرات، الذى يتضمن إخلالاً بالنظام العام، إلا إذا كان لأغراض علمية أو طبية، وبتنظيم قانونى خاص.

ثانياً: الالتزام بعمل أو امتناع عن عمل:

رأينا أن المحل في هذا الالتزام يكون غير مشروع، إذا كان هذا العمل أو الامتناع مخالفاً للنظام العام أو الآداب. كالتزام شخص بقتل آخر أو إتلاف أمواله مقابل مبلغ من النقود، أو التزام شخص بالاستمرار في علاقة غير شرعية بامرأة. وكاتفاق تعاقد شخص مع طبيب على الامتناع عن تقديم المساعدة الطبية لمريض حتى يموت أو الاتفاق الذى يلتزم بمقتضاه أحد المتعاقدين بالامتناع عن مزاولة مهنة معينة امتناعاً مطلقاً.

ويتبين لنا من الأمثلة المتقدمة أن الفكرة الأساسية في عدم مشروعية المحل ترتد إلى مخالفته للنظام العام أو الآداب. وليس هنا محل لدراسة فكرة النظام العام والآداب حيث إنه سبق دراستها في نظرية القانون

المبحث الثالث: السبب

التعريف بالسبب ودوره:

تمثل نظرية السبب مكاناً هاماً في الدراسات القانونية. وقد استلزم القانون إلى جانب الرضى والمحل، وجود سبب، فالسبب ركن جوهرى لا ينعقد العقد بدونه وسوف نقتصر هنا على بيان الخطوط الأساسية في نظرية السبب، حيث إن تفاصيل هذه النظرية يضيق بها نطاق دراستنا.

والسبب كركن من أركان العقد يقصد به الغرض الذى يقصد المتعاقدان إلى تحقيقه، وهذا الغرض هو المحرك لإرادة العاقد.

– سبب الالتزام

لكن يلاحظ أن العاقد لا يحرك إرادته غرض واحد بل أغراض متعددة وليست في درجة واحدة، منها ما هو قريب مباشر نلمسه كعنصر داخلى في العقد، كما أنه عنصر غير متغير، أى نجده واحداً في كل نوع واحد من العقود، وهو أيضاً عنصر موضوعى لا يوثر فيه نوايا العاقد. فمثلاً في عقد البيع نجد أن الغرض القريب المباشر الذى يقصد إليه المشترى هو الحصول على الشئ المبيع. وكذلك في عقد الإيجار نجد أن الغرض القريب المباشر الذى يقصد إليه المؤجر هو الحصول على الأجرة من

المستأجر، والسبب القريب المباشر الذى يقصد إليه المستأجر هو الانتفاع بالعين المؤجرة. ففى جميع عقود البيع والايجار يكون سبب التزام كل من المشترى والبائع والمؤجر والمستأجر واحداً لا يتغير بالنسبة لكل طائفة من هذه العقود، ويسمى هذا بالسبب القصدى أو السبب القريب المباشر أو السبب المادى المجرد(١).

- سبب العقد

على أن وراء هذا القصد القريب المباشر غرضاً أو أغراضاً أخرى تختلف باختلاف العاقدين. فالبائع قد يقصد أن يستخدم الثمن فى سداد ما عليه من ديون. أو فى الإنفاق على علاجه، أو فى شراء شئ آخر يريده، أو فى لعب القمار... إلخ. والمشترى الذى اشترى منزلاً قد يرمى إلى أن يخصصه لسكناه، أو يجعل منه نادياً أو مستشفى أو داراً للدعارة أو القمار، وقد يرمى إلى إعادة بيعه بثمن أغلى مما اشتراه، أو إلى هدمه وبيعه أنقاضاً.. إلخ. والمؤجر قد يقصد أن يستخدم الأجرة فى سداد ما عليه، أو الإنفاق على شؤون معيشته، أو فى لعب القمار.. إلخ. والمستأجر قد يهدف من وراء تأجير المنزل إلى السكنى أو يجعله نادياً، أو داراً للدعارة والقمار... إلخ. فالغرض البعيد الذى يقصده العاقد يتعلق بالباعث الذى حمل المتعاقد على إبرام العقد، ومن المعروف أن البواعث التى تحمل الإنسان على إبرام عقد، ما هى إلا بواعث متعددة ومتنوعة ومختلفة من عقد إلى آخر ومن متعاقد إلى آخر. ولذلك فإن الغرض البعيد الذى يقصد إليه العاقد يعتبر عنصراً متغيراً خارجياً عن العقد لا يستمد منه وإنما من نوايا العاقد الخاصة، فهو عنصر ذاتى أو شخصى، ولذلك يسمى بالباعث أو الدافع الفردى أو الباعث الذاتى(٢).

وعلى ضوء ما تقدم لنا أن نتساءل أى من هذين السببين يعتد به فى العقد ويعتبر بالتالى ركناً فيه؟

الأقرب إلى المنطق الاعتداد بالسبب القريب المباشر أو السبب القصدى، حيث أنه عنصر منضبط باعتباره عنصراً داخلياً فى العقد، موضوعياً غير متغير. وهذا ما ذهبت إليه النظرية التقليدية فى السبب.

(١) انظر ١٩٥ موجبات وعقود لبنانى.

(٢) انظر م ٢٠٠ موجبات وعقود لبنانى.

ولكن هذه النظرية تعرضت للنقد مما أدى هذا إلى تطور القضاء فى الاتجاه إلى إقامة اعتبار للباعث الدافع. فلندرس هذه النقاط على التوالى.

المطلب الأول: النظرية التقليدية

ونعرض باختصار شديد لمضمون النظرية ولشروطها ثم بعد ذلك ندرس الانتقادات الموجهة إلى هذه النظرية وتقييم هذه الانتقادات لنصل بعد ذلك لغرض النظرية الحديثة فى السبب.

أولاً: مضمون النظرية التقليدية

ترى النظرية التقليدية أن السبب كركن من أركان العقد هو الغرض القريب المباشر، أو السبب القصدى الذى يسعى المتعاقد إلى تحقيقه من وراء الالتزام[1].

والسبب بهذا المفهوم نجده عنصراً داخلياً فى العقد ذاته، وهو عنصر موضوعى لا تؤثر فيه نوايا العاقد، وهو عنصر غير متغير حيث إنه واحد فى كل نوع واحد من العقود. ولنتحقق من ذلك نعرض لكل طائفة من طوائف العقود للوقوف على السبب بهذا المعنى.

١- ففى العقود الملزمة للجانبين: ترى النظرية التقليدية فى التزام كل متعاقد سبباً لالتزام المتعاقد الآخر. ففى البيع مثلاً يعتبر سبب التزام البائع بنقل ملكية الشئ المبيع وتسليمه هو التزام المشترى بدفع الثمن، ويعتبر سبب التزام المشترى بدفع الثمن هو التزام البائع بنقل ملكية الشئ المبيع وتسليمه.

٢- وفى العقود الملزمة لجانب واحد، إن كانت معاوضة، يكون السبب هو

---

(١) V, J. FLOUR, J. L. AUBERT. Droit civil, les obligation, V.I. L'acte juridique 1975, No. 257, p. 186 et s.

V. aussi Ph. MALAURIE, 1., AYNES, Droit civil, les obligations, 1985, No. 318 P. 228 et s.

Chr Larroumet, op. cit, no 440 p. 414.

وهذا المؤلف الأخير عرض بشكل تفصيلى لنظرية السبب فى القانون الفرنسى والقانون المقارن وكذلك للنظرية التقليدية والنظرية الحديثة.

الالتزام السابق سواء كان مدنياً أو طبيعياً. كما لو تسبب شخص بخطئه فى الإضرار بالغير، فاتفق مع المضرور على أن يدفع له مبلغاً من النقود وفاء بحقه فى التعويض. وقد يكون الالتزام السابق التزاماً طبيعياً فيتعهد المدين بوفائه، فينشأ عن هذا التعهد التزام مدنى سببه هو الالتزام الطبيعى السابق.

٣- **وفى العقود العينية** (كالقرض والعارية ورهن الحيازة والوديعة) فى ظل القانون الفرنسى، وهى العقود التى يلزم فيها التسليم لذات قيامها. السبب فى تلك العقود هو واقعة التسليم، فسبب التزام المقترض بدفع القرض مثلاً، هو سبق تسلمه هذا المبلغ من المقرض. وكذلك الأمر بالنسبة للمودع لديه ... وهكذا.

٤- فى عقود التبرع، سبب الالتزام فى هذه العقود هو نية التبرع ذاتها. فسبب التزام الواهب مثلاً هو النية التى تحدوه فى أن يتبرع للموهوب له، أى قصد تحقيق فائدة للمتبرع له بغير مقابل[١].

ثانياً: شروط السبب فى النظرية التقليدية

تشترط النظرية التقليدية فى السبب بالمفهوم السابق ثلاث شروط[٢].

١- أن يكون موجوداً. ٢- أن يكون صحيحاً. ٣- أن يكون مشروعاً وسنتناول باختصار هذه الشروط الثلاثة:

---

(١) ولذلك نصت المادة ١٩٥ موجبات وعقود لبنانى على أن «سبب الموجب يكون فى الدافع الذى يحمل عليه مباشرة على وجه لا يتغير وهو يعد جزءاً غير منفصل عن العقد، كالموجب المقابل فى العقود المتبادلة والقيام بالأداء فى العقود العينية ونية التبرع فى العقود المجانية، أما فى العقود ذات العوض غير المتبادلة فالسبب هو الموجب الموجود من قبل مدنياً كان أو طبيعياً».

(٢) فى القانون اللبنانى ينص صراحة على هذه الشروط الثلاثة. فنجد نص المادة ١٩٦ موجبات وعقود ينص على «أن الموجب الذى ليس له سبب أو له سبب غير صحيح أو غير مباح يعد كأنه لم يكن ويؤدى إلى اعتبار العقد الذى يعود إليه غير موجود أيضاً. وما دفع يمكن استرداده».

وتنص المادة ١٩٧ موجبات وعقود على أن «يكون السبب غير صحيح إذا التزم فريق أمراً بسبب وهمى كأن يعتقد خطأً أنه موجود».

«إن السبب الظاهرى لا يكون فى الأساس مفسداً بنفسه للعقد بل يبقى العقد صحيحاً إذا كان السبب الحقيقى للموجب مباحاً». وتنص المادة ١٩٨ موجبات وعقود على أن «السبب غير المباح هو الذى يخالف النظام العام والآداب وأحكام القانون الإلزامية».

١- شرط وجود السبب: لا بد من وجود السبب حتى يقوم العقد. ففى عقد التبرع لا بد من وجود نية التبرع، فإن لم توجد انعدم السبب وبطل العقد. وفى العقود العينية لا بد من وجود واقعة التسليم، فإذا تعهد المقترض برد قيمة القرض ولم يتسلمه بطل تعهده لعدم وجود سبب لالتزامه. وكذلك فى العقود الملزمة، لجانبين إذا لم يوجد الالتزام المقابل، كأن يكون باطلاً لأى سبب من الأسباب، كان الالتزام الآخر بدون سبب وبطل العقد. وإذا كان عقد معاوضة ملزماً لجانب واحد، يكون الالتزام بغير سبب إذا كان الالتزام الذى قصد المدين الوفاء به لا وجود له، فالاتفاق الذى يتعهد شخص لآخر بأن يدفع له مبلغاً من النقود تعويضاً عن ضرر يعتقد أنه مسؤول قانوناً عن تعويضه، يكون باطلاً لعدم وجود السبب إذا تبين أنه فى الحقيقة غير مسؤول.

٢- شرط صحة السبب: يشترط فى السبب وفقاً للنظرية التقليدية أن يكون صحيحاً. ويكون السبب غير صحيح فى حالتين:

الحالة الأولى: السبب الموهوم أو المغلوط وهو فى الواقع سبب لا وجود له، كاتفاق مدين مع دائن على تجديد الدين ثم تبين أن الدين القديم قد انقضى بالوفاء، أو تخارج وارث مع شخص يعتقد أنه وارث معه ثم يتضح أنه ليس بوارث.

الحالة الثانية: حالة السبب الصورى. وهو سبب يخفى سبباً آخر حقيقياً ستره المتعاقدان. كأن يستر المتعاقدان الهبة فى صورة عقد بيع. والصورية ليست فى ذاتها سبباً لبطلان العقد إلا إذا قصد منها ستر أمر غير مشروع. وعندئذ تكون علة البطلان هو عدم المشروعية لا الصورية. وفى حالة الصورية المطلقة، وهى التى لا يوجد فيها سبب حقيقى بالمرة. كأن يبيع رجل لزوجته مالاً من أمواله بقصد تهريبه من دائنيه، ويتفقا فيما بينهما على أن لا أثر لهذا البيع. وعندئذ يكون العقد منعدماً ولا ينشأ عنه التزام لعدم وجود سبب الالتزام. وعلى ذلك يمكننا أن نقرر أن السبب غير الصحيح لا يترتب عليه بطلان العقد، إلا حيث يكون السبب غير موجود، أو كان السبب الحقيقى غير مستوفٍ لشروطه القانونية.

٣- شروط مشروعية السبب: تشترط النظرية التقليدية، فضلاً عن وجود

السبب وصحته، أن يكون مشروعاً. ويكون السبب غير مشروع إذا خالف النظام العام أو الآداب. ومثال ذلك إذا تعهد شخص لآخر بارتكاب جريمة مقابل مبلغ من المال يأخذه منه. فالتزام الشخص الأخير بدفع مبلغ من المال محله مشروع، ولكن سببه، وهو التزام الشخص الأول بارتكاب الجريمة، غير مشروع، ولذا يبطل الالتزام وبالتالى العقد لعدم مشروعية السبب. والواقع أننا إذا دققنا النظر فى هذا المثال لوجدنا أن العقد فى هذه الحالة يبطل لعدم مشروعية محل التزام الطرف الأول وهو ارتكاب الجريمة.

ثالثاً: النقد الموجه للنظرية التقليدية وتقديره

قد استهدفت النظرية التقليدية للنقد من ناحيتين، فقد أخذ عليها أنها غير صحيحة وغير منطقية، ومن ناحية أخرى أنها غير مفيدة ويمكن الاستغناء عنها.

١- فأما أنها غر صحيحة وغير منطقية: فإن الأمر يتجلى لو استعرضنا فكرة السبب فى تقسيمات العسود التى تناولتها هذه النظرية.

أ- ففى العقود الملزمة للجانبين، رأينا أن التزام أحد المتعاقدين هو سبب التزام المتعاقد الآخر. أى أن التزام البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه هو سبب التزام المشترى بدفع الثمن، والعكس بالعكس. وهذا الأمر غير صحيح، وغير منطقى حيث إن الالتزامين يوجدان فى وقت واحد من عقد واحد فكيف يتسنى لنا القول إن أحدهما سبب للآخر، والسبب يجب أن يسبق المسبب.

فى الحقيقة لو نظرنا إلى هذا النقد نجد أنه قائم على غير أساس حيث لا توجد استحالة منطقية تحول دون التزام كل من الطرفين سببه الالتزام المقابل لأن المنطق لا يحتم أن يسبق السبب المسبب إلا بالنسبة للسبب المنشىء، أى لمصدر الالتزام. أما السبب القصدى، أى القريب المباشر، الذى يقصد إليه الملتزم من وراء التزامه فليس من اللزوم المنطقى أن يسبق الالتزام، بل يصح أن يتعاصر معه، فكل من المتعاقدين ينظر ويدخل فى اعتباره أنه يلتزم للحصول على الالتزام المقابل وهذا هو السبب[1].

---

(١) عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٢٤٢ ص٣٢٢.

ب- فى العقود العينية. النظرية التقليدية تخلط بين السبب كمصدر للالتزام والسبب كعنصر فى الالتزام. فالتسليم ليس هو السبب القصدى لالزام المستلم بالرد، بل هو السبب المنشئ ومصدر الالتزام، حيث إن التسليم هو ركن فى العقد العينى.

وهذا النقد قائم على أساس، ولذلك حاول أنصار نظرية السبب دفع هذا الاعتراض بالقول بأنه إذا كانت هذه العقود عقود عينية من حيث الصياغة إلا أنها عقود رضائية ملزمة للجانبين من حيث الطبيعة. ففى القرض مثلاً يوجد التزامان، التزام على المقرض بتسليم مبلغ القرض والتزام على المقترض برد مثله، وعلى ذلك يكون سبب التزام المقترض بالرد هو التزام المقرض بالتسليم، وهذا ما أخذت به النظرية الحديثة.

جـ- فى عقد التبرع ليست نية التبرع هى سبب التزام المتبرع، ولكنها فى الواقع رضاؤه، ولا يجوز الخلط بين السبب، والرضى، بين القصد والإرادة المنشئة للعقد.

فى الحقيقة أن هذا النقد ليس فى محله حيث إن إرادة المتبرع يمكن تحليلها إلى عنصرين: فهناك أولاً: إرادة المتبرع، وهو الواهب مثلاً، فى أن يلزم نفسه بنقل ملكية شئ ما، وهذا هو الرضى، وهناك ثانياً: إرادته فى عدم تلقى أى مقابل، وهذه هى نية التبرع، وهذا هو السبب.

٢- أما أنها غير مفيدة: من حيث إنه يمكن الوصول إلى بطلان العقد، فى الحالات التى يقوم فيها البطلان على عدم وجود السبب أو عدم صحته أو عدم مشروعيته، على أساس اختلال ركن آخر فى العقد.

أ- ففيما يتعلق بعدم وجود السبب أو عدم صحته، ففى العقود العينية، إذا لم يقع التسليم، فلسنا فى حاجة إلى القول بأن السبب غير موجود ما دام العقد لم ينشأ لتخلف شرط لانعقاده، وركن فيه وهو التسليم.

وفى التبرعات لا يتصور عدم وجود نية التبرع. اللهم إلاّ إذا افترضنا أن المتبرع مجنون فاقد الإرادة، أو أنه وقع فى غلط فى ماهية العقد، فأبرم تبرعاً وهو يعتقد أنه

يبرم عقد معاوضة، فعندئذ تنتفى نية التبرع، ولكننا هنا لسنا فى حاجة إلى القول بعدم وجود السبب، بل يكفى القول ببساطة أن الرضى مفقود، فيبطل العقد لانعدام الرضى[1]. أما بالنسبة للعقود الملزمة للجانبين أنه يبدو أنه لا يمكن الاستغناء فيها عن شرط وجود السبب، ولكن معارضى نظرية السبب يستغنون عن فكرة وجود السبب بفكرة الارتباط المتبادل بين الالتزامات المتقابلة.

فى الحقيقة إن هذا النقد فيه جانب من الصحة وخاصة بالنسبة للعقود العينية. أما فيما يتعلق بالسبب فى التبرعات فإن نية التبرع لها أهمية كبرى إذ على أساسها يمكن التمييز بين عقود التبرع وعقود المعاوضة. فوجود هذه النية هو الذى يميز لنا بين عقد البيع والهبة بشرط العوض، فإذا اشترط عوض للهبة كان أقل بشكل ملحوظ عن قيمة الموهوب احتفظت الهبة بوصف الهبة ولم تنقلب إلى عقد معاوضة، لوجود نية التبرع. أما بالنسبة للعقود الملزمة للجانبين لا يمكن الاستغناء عن شرط وجود السبب. فكل من المتعاقدين إنما يلتزم بقصد الحصول على المقابل، أى على التزام الطرف الآخر. وهذه النظرية هى التى تفسر لنا ما بين التزام الطرفين من ارتباط، وذلك الارتباط الذى لا ينكره خصوم النظرية، كما أن هذه النظرية هى التى تفسر لنا نظام الدفع بعدم التنفيذ وفسخ العقد لعدم التنفيذ، وتحمل التبعة إذا استحال تنفيذ أحد الالتزامين بسبب أجنبى.

ب- أما فيما يتعلق بعدم مشروعية السبب فإنه يمكن أن نستغنى عنها بعدم مشروعية المحل، إذ تختلط عدم مشروعية السبب بعدم مشروعية المحل، كما يمكن أن نستغنى عنها لعدم وجود السبب. ففى العقود الملزمة للجانبين إذا كان المحل التزام أحد المتعاقدين غير مشروع وبالتالى لا ينشأ التزامه، فإن الالتزام المقابل لا ينشأ هو الآخر لعدم وجود السبب، وفى عقود التبرع لا يتصور أن تكون نية التبرع - وهى سبب الالتزام - غير مشروعة لأن نية التبرع مجرد إرادة لا يمكن أن توصف بعدم المشروعية إلا إذا أدخلنا البواعث الحافزة لها.

وهذا النقد فى محله حيث إن السبب فى النظرية التقليدية وهو سبب مجرد

---

(1) عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٢٤١، ص٣٢١.

وموضوعى لا يمكن أن يكون إلا مشروعاً، وبالتالى لا يمكن أن يوصف بعدم المشروعية. فالتزام المشترى بدفع الثمن وهو سبب التزام البائع بنقل ملكية وتسليم المبيع لا يمكن أن يكون غير مشروع. وكذلك التسليم فى العقود العينية، ونية التبرع فى عقود التبرع فهى دائماً مشروعة.

– **والخلاصة** فيما يتعلق بشروط السبب نرى أنه لا يبقى مفيداً فى النظرية التقليدية سوى شرط وجود السبب.

رابعاً: ضرورة النظرية التقليدية وعدم كفايتها(١)

النظرية التقليدية للسبب، بمعنى الغرض القريب المباشر، السبب القصدى، واشتراط وجوده تؤدى إلى حماية المتعاقد. حيث إنه لا يتصور أنه يلتزم متعاقد دون أن يكون لهذا الالتزام سبب. وعلى ذلك فإن لم يتحقق الغرض القريب المباشر الذى يسعى إليه المتعاقد كان العقد باطلاً.

لكن هذه النظرية اعتراها قصور شديد، وذلك لإهمالها التام والكامل للبواعث وعدم أخذها فى الاعتبار لتقدير صحة أو بطلان العقود. ولهذا وجدت طوائف من العقود يتوافر فيها السبب طبقاً للنظرية التقليدية وبالتالى تعتبر صحيحة فى الوقت الذى تضر فيه هذه العقود بالمجتمع ضرراً بالغاً وذلك لعدم مشروعية البواعث إليها. وبالتالى عجزت النظرية التقليدية للسبب من تحقيق الحماية الاجتماعية من مثل هذه العقود. فكيف السبيل إلى تقرير بطلان عقد بيع منزل أو تأجيره لو كان المشترى أو المستأجر يرمى إلى إعداده كدار للدعارة أو للعب الميسر. ما دمنا نقتصر فى السبب على الغرض القريب المباشر؟ لقد التزم البائع بنقل الملكية أو المؤجر بالتمكين من الانتفاع، والتزام المشترى أو المستأجر بدفع الثمن أو الأجرة، فتحقق سبب كل من الالتزامين، ومحل كل منهما مشروع فى ذاته، فيكون العقد صحيحاً ما دمنا لا نمد البصر إلى وراء الغرض القريب المباشر، إلى الباعث الذى دفع المشترى أو المستأجر إلى الشراء أو الاستئجار. ومن هنا بدأت فى الظهور النظرية الحديثة للسبب.

---

(١) انظر فى ذلك Chr Laroumet, op cit, no 482, p. 455

المطلب الثانى: النظرية الحديثة للسبب

ولدراسة النظرية الحديثة للسبب يجب أن نعرض لمضمونها ولشروطها.

أولاً: مضمون النظرية:

اتضح لنا مما سبق ضرورة النظرية التقليدية ولكن فى الوقت نفسه عدم كفايتها، ولذلك لم يقف القضاء عند الحواجز التى أقامتها النظرية التقليدية بين السبب القصدى والسبب الدافع أو الباعث، بل أقام وزناً للبواعث إلى جانب السبب القريب المباشر، أو السبب القصدى، وذلك ليحقق التوازن المطلوب بين الحماية الفردية والحماية الاجتماعية.

لكن قد ثارت مشكلة هامة وهى أن بواعث الإرادة التعاقدية كثيرة ومتنوعة، فهل يعتد بكل باعث منها، فإذا كان أحد بواعثها غير مشروع كان الالتزام باطلاً؟

من الواضح أن تقصى كل بواعث الإرادة، وهى عديدة ومتنوعة، يؤدى إلى إهدار استقرار التعامل. فماذا فعل القضاء ليحقق الحماية الاجتماعية دونما إهدار لاستقرار التعامل؟

ذهب القضاء إلى أنه لا يعتد من البواعث إلا بالباعث الرئيسى الدافع على التعاقد La Cause impulsive et déterminante أما البواعث الثانوية والبعيدة فليس لها وزن(1). واشترط القضاء أن يكون هذا الباعث مشروعاً وأن يكون معلوماً من الطرف الآخر فى عقود المعاوضة. فلندرس الآن شروط النظرية.

ثانياً: شروط السبب فى النظرية الحديثة

إذا كانت النظرية الحديثة لا تعتد إلا بالباعث الرئيس الدافع على التعاقد، إلا أنها اشترطت كذلك أن يكون هذا الباعث مشروعاً وأن يكون معلوماً من الطرف الآخر فى عقود المعاوضة. لنعرض لهذين الشرطين بالتفصيل على النحو التالى.

---

(1) انظر Chr. Larroumet, op. cit. no 483 p. 456.

١- يشترط أن يكون الباعث الرئيسى الدافع على التعاقد مشروعاً:

سبق أن رأينا أن الشرط الوحيد فى السبب القصدى، أى القريب المباشر، هو شرط أن يكون موجوداً، أما شرط مشروعيته فيمكن الاستغناء عنه على النحو السابق بيانه. والعكس بالنسبة للباعث الرئيسى الدافع على التعاقد يجب أن يكون مشروعاً، ولا معنى لاشتراط وجوده.

ولا معنى لاشتراط وجود الباعث الرئيسى الدافع على التعاقد، ذلك أن الباعث موجود دائماً، فلا يتصور أن يقدم شخص على إبرام عقد دون أن يكون لديه باعث يدفعه إليه، وإلا كان مجنوناً أو مسلوب الإرادة، وعندئذ يبطل العقد لانعدام الرضى لا لعدم جود الباعث. وغاية ما هناك أن المتعاقد قد يقع فى غلط فى الباعث، وجزاء الغلط فى الباعث هو قابلية العقد للإبطال لا البطلان المطلق. وذلك على خلاف ما رأينا من أن الغلط فى وجود سبب الالتزام يؤدى إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً[١].

ومن ناحية أخرى فقد يذكر فى العقد باعث مخالف للباعث الحقيقى. وهنا لا يوجد غلط فى الباعث، وإنما يقصد المتعاقدان إخفاء الباعث الحقيقى فنحن هنا بصدد صورية فى الباعث. وعلى القاضى فى هذه الحالة البحث عن الباعث الحقيقى الذى دفع المتعاقد وعمّا إذا كان هذا الباعث باعثاً مشروعاً لا مخالفة فيه للنظام العام أو الآداب. فصورية الباعث المذكور فى العقد ليست سبباً لبطلانه، ما دام الباعث الحقيقى باعثاً مشروعاً[٢].

٢- يشترط علم الطرف الآخر بالباعث غير المشروع فى عقود المعاوضة:

إذا كان الباعث الرئيسى الذى دفع أحد العاقدين إلى إبرام العقد غير مشروع، فهل يكفى ذلك لبطلان العقد؟ أم هل يشترط أن يكون الباعث غير المشروع مشتركاً بين العاقدين، أو على الأقل إذا انفرد به أحدهما أن يعلم به الآخر؟

---

(١) عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٢٤٧، ص٣٣١
وانظر Chr, Larroumet. op cit, no 486, p 459.
(٢) عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٢٤٧، ص٣٣١

إن مبدأ بطلان العقد لعدم مشروعية الباعث يجب أن يتقيد بالحدود التى تكفل عدم زعزعة استقرار التعامل.

على أن ضرورة تحقيق الاستقرار فى التعامل لا تقتضى أن يشترط لبطلان العقد أن يكون الباعث غير المشروع مشتركاً. فلا خطر على استقرار التعامل من أن يبطل العقد إذا كان الباعث الذى دفع أحد العاقدين إلى إبرامه باعثاً غير مشروع، وكان العاقد الآخر عالماً بهذا الباعث، ولو لم يكن قد اشترك فيه[1].

لذلك استقر القضاء على أنه يجب أن يكون الباعث غير المشروع الذى قام عند أحد طرفى العقد معلوماً من الطرف الآخر. ولكنه قصر هذه القاعدة على المعاوضات دون التبرعات.

وعلى ذلك ففى التبرعات يبطل العقد ولو لم يعلم المتبرع إليه بالباعث غير المشروع الذى عند المتبرع. فاستقرار التعامل لا يتأثر إذا نحن أبطلنا عقود التبرع لعدم مشروعية الباعث الذى دفع المتبرع إلى تبرعه، إذ إنه لن يترتب عليه سوى حرمان المتبرع من فائدة لم يؤد عنها أى مقابل[2]. وتطبيقاً لذلك إذا وهب الشخص لامرأة مالاً معيناً وكان باعثه الدافع إلى تلك هو إقامة علاقة غير مشروعة، فإنه فى هذه الحالة يجوز للواهب أن يطالب بالحكم ببطلان الهبة سواء كانت الموهوب لها تعلم أو لا تعلم بعدم مشروعية الباعث الذى دفع العاقد الآخر إلى التعاقد.

وعلى العكس فإن عقود المعاوضة وهى غالبية عقود التعامل تستدعى حماية واستقراراً لذلك لا يجوز أن يحتج فيها على المتعاقد بالباعث غير المشروع الذى قام لدى المتعاقد الآخر، توصلا إلى بطلان العقد إضراراً به، إلا إذا كان يعلم به، وحتى لا يفاجأ ببطلان لم يكن يشارك فيه ولا يدرك سببه، أما إذا كان العاقد حسن النية نفسه هو الذى يطلب الحكم بالبطلان بعد أن اكتشف عدم مشروعية الباعث الدافع للعاقد الآخر، فلا يكون هناك من مبرر لرفض طلبه[3].

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٢٨، ص٢٧٠، ٢٧١.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٢٨، ص٢٧١، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٢٤٩، ص٣٣٣، وقارن عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٢١١، ص٤٢٢.

(٣) عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٢٥٠، ص٣٣٣، ٣٣٤، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٢٨، ص٢٧١.

وتطبيقاً لذلك إذا اشترى شخص منزلاً وكان الباعث الدافع إلى التعاقد هو إعداده كدار للدعارة أو للعب الميسر. ففى هذه الحالة لا يجوز للمشترى المطالبة بالحكم ببطلان عقد البيع لعدم مشروعية الباعث الدافع إلى التعاقد إلا إذا كان البائع عالماً به. على العكس من ذلك إذا طالب البائع بالحكم ببطلان العقد بعد أن اكتشف عم مشروعية الباعث الدافع للعاقد الآخر، فلا يكون هناك مبرر لرفض طلبه.

نخلص من كل ما تقدم أنه يجب الاعتداد بسبب الالتزام وسبب العقد معاً فى الحدود السابق بيانها وهذا الازدواج أخذ به قانون الموجبات والعقود اللبنانى. هذا ما يجب الأخذ به فى ظل القانون المدنى الحالى[1].

المطلب الثالث: إثبات السبب

يتضح مما تقدم أن السبب ركن من أركان العقد فينظر فى توفره أو عدم توفره إلى وقت إنعقاد العقد، فان إنعقد صحيحا بتوفر سببة فانه لا يمكن أن يقال بعد ذلك بتخلف هذا السبب بعد وجوده[2].

وفى هذا الصدد لابد أن نعرض لعبء الإثبات، ثم بعد ذلك لطرق الإثبات.

أولاً: عبء الإثبات:

إذا قام نزاع حول وجود السبب أو مشروعيته، فإن عبء الإثبات يقع على عاتق المدين، عليه أن يثبت عدم وجود السبب أو مخالفته للنظام العام أو الآداب. وفى هذا الصدد يجب أن نفرق بين فرضين:

الفرض الأول: إذا تضمن السند ذكراً لسبب الالتزام، وهذه هى الحالة الغالبة. ففى العقد الملزم للجانبين، حيث يكون سبب التزام كل من المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر، ويكون السبب مذكوراً فى السند بطبيعة الحال، حيث ينص السند على التزامات كل من الطرفين وكثيراً ما يذكر السبب كذلك فى العقد الملزم لجانب واحد، فيتضمن السند مثلاً تعهد المدين بدفع مبلغ من النقود للدائن ويذكر فيه أن سبب ذلك التعهد هو أن المدين قد سبق أن قبض هذا المبلغ من الدائن على

(١) انظر عكس ذلك السنهورى، الوسيط، جـ١، فقرة ٢٨٩، ٢٩٢، ٢٩٣.

(٢) انظر نقض ١٩٦٣/١٠/٢٤ س١٤ ص٩٦٧.

سبيل القرض، والعبارة الدارجة فى ذلك هى عبارة «القيمة وصلتنا نقداً»، أو أنه وفاء بدين نفقة مقرر قانوناً أو أنه وفاء بالتزام طبيعى أو أنه على سبيل التبرع[1].

فإذا ادعى المدين أن السبب المذكور فى السند غير صحيح، كان عليه عبء الإثبات، فإذا أثبت المدين صورية السبب المذكور فى السند، انتقل عبء الإثبات إلى الدائن، عليه أن يثبت أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً.

الفرض الثانى: أن السند لا يتضمن سوى تعهد المدين دون أن يذكر سبباً لالتزامه. كما لو تعهد المدين بدفع مبلغ من النقود دون أن يذكر فى السند أنه على سبيل التبرع أو أنه وفاء بقرض أو ثمناً لمبيع أو غير ذلك. وعدم ذكر السبب لا يؤدى إلى بطلان الالتزام. ذلك أنه وإن كان السبب ركناً فى الالتزام، بحيث لا ينشأ الالتزام إذا لم يوجد له سبب، فإن ذكر السبب ليس شرطاً شكلياً يجب أن يتضمنه السند وإلا كان الالتزام باطلاً. بل القانون يفترض أن للالتزام سبباً صحيحاً مشروعاً ولو لم يذكر سببه. ويقع على المدين عبء إثبات عدم وجود السبب أو عدم مشروعيته[2].

وهذا ما نصت عليه المادة ١٣٧ مدنى مصرى بقولها: «كل التزام لم يذكر له سبب فى العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً، ما لم يقم الدليل على غير ذلك». «ويعتبر السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك. فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى أن للالتزام سبباً آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه»[3].

ثانياً: طرق الاثبات

وفى صدد طرق الإثبات يجب أن نفرق أيضاً بين فرضين:

الفرض الأول: إذا كان سند الالتزام قد تضمن ذكر سببه، فادعى المدين أن

---

(١) انظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٢٩، ص٢٧٢.

(٢) انظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٢٩، ص٢٧٢، ٢٧٣.

(٣) انظر فى تطبيق هذا النص نقض ١٩٦٢/٢/٢٧ س١٣ ص١٢١٤، ١٩٧٠/٤/٢٩ س٢١ ص٧١٤، ١٩٧١/٦/٢٤ س٢٢ ص٨٢٣.

السبب المذكور سبب صورى، وجب عليه الإثبات بالكتابة، إذ القاعدة أنه لا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها إلا بالكتابة.

أما إذا كان المدين ادعى أن السبب المذكور فى السند يستر سبباً غير مشروع، فتكون الصورية قد اتخذت وسيلة للتحايل على القانون، والقاعدة هو جواز اثبات التحايل على القانون بجميع طرق الإثبات. وكذلك الحال بالنسبة إلى السبب المغلوط حيث إن الغلط واقعة مادية.

وإذا اقتصر المدين على إثبات صورية السبب المذكور فى السند، انتقل عبء الإثبات إلى الدائن، وللدائن أن يثبت أن للإلتزام سبباً آخر حقيقياً بجميع طرق الإثبات، ولو زادت قيمة الالتزام عن المبلغ المحدد فى القانون، ذلك أن سند الدين المكتوب يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة تجوز تكملته بالشهادة والقرائن[١].

الفرض الثانى: إذا لم يكن السبب مذكوراً فى السند المثبت للالتزام، جاز للمدين أن يثبت عدم وجود السبب بجميع طرق الإثبات، فليس فى هذا الإثبات ما يخالف الكتابة كما يجوز له أن يثبت بجميع طرق الإثبات كذلك إذا كان للالتزام سبب غير مشروع[٢].

التصرف المجرد: يلاحظ أخيراً أن هناك من التصرفات ما يسمى بالتصرف المجرد، والمقصود به التصرف الذى يتجرد من السبب، فالدائن يستطيع أن يتمسك بحقه دون أن يستطيع المدين الدفع بإبطاله التصرف لعيب فى الإرادة أو ببطلانه لعيب فى السبب. ويعتبر التصرف المجرد أداة فعالة من أدوات الائتمان، تمس الحاجة إليها فى المعاملات فى وقتنا الحاضر. وتظهر أهمية التصرفات المجردة فى دروس القانون التجارى، بشأن الكمبيالات والسندات الاذنية والسندات لحاملها[٣]. كما تظهر أهميته فى وسائل الضمان الحديثة كالانابة[٤] والضمان بمجرد الطلب[٥].

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٣٠، ص٢٧٣، ٢٧٤.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٣٠، ص٢٧٤

(٣) شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٢٤٨، ص٣٧٥.

(٤) نبيل سعد، الضمانات غير المسماة، فى القانون الخاص، منشأة المعارف، ١٩٩١ ص٦٨ وما بعدها (هذا الكتاب حائز على جائزة الدولة التشجيعية ١٩٩٣)

(٥) المرجع السابق، ص١٢٩ وما بعدها

الفصل الثانى

جزاء تخلف أحد أركان العقد أو شروط صحته

«نظرية البطلان»

١ - تعريف البطلان وتمييزه عما يقاربه من النظم :

سبق أ ن رأينا أنه لكى ينعقد العقد ويقوم صحيحاً لابدّ من أن يستجمع أركان انعقاده، رضى ومحل وسبب ، وأن يستوفى شرائط صحته، من أهلية لازمة للتعاقد وسلامة الرضى من العيوب. وعندما يتخلف أحد هذه الأركان أو أحد تلك الشروط يكون العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال.

البطلان إذن هو الجزاء القانونى على تخلف ركن من أركان العقد أو عدم توافر شرط من شروط صحته . ويترتب عليه انعدام أثر العقد سواء بالنسبة إلى المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير .

والبطلان بهذا المعنى المحدد نستطيع أن نميزه عمّا قد يشتبه به من نظم قانونية، ونشير بوجه خاص إلى عدم النفاذ من ناحية، والفسخ من ناحية أخرى.

أ - التمييز بين بطلان العقد وعدم نفاذه: فالعقد الباطل يوجد فيه عيب فى أركان تكوينه أو فى شروط صحته، فيجعله عديم الأثر بالنسبة إلى المتعاقدين أو غيرهما . أما العقد غير النافذ، فقد يكون صحيحاً من حيث تكوينه، ومنتجاً لأثره بين عاقديه، لكنه لا ينفذ ولا يسرى فى حق الأجنبى عن العقد الذى لم يكن شريكاً فيه . مثل ذلك عقد إيجار ملك الغير، الذى يقع صحيحاً بين المتعاقدين من الوجهة الفنية ، ولكنه لا ينفذ فى حق مالك العقار الذى لم يشترك فى التعاقد .

ويبقى هذا العقد غير نافذ فى حق المالك إلى أن يقره. أى أن مثل هذا العقد لا ينفذ فى حق المالك إلا بإقراره له .

ب - التمييز بين البطلان والفسخ : فالبطلان يرجع إلى خلل فى تكوين العقد أو فى شروط صحته . أما الفسخ فيفترض نشأة العقد صحيحاً مستوفياً لكافة شروطه ، ثم يطرأ فى مرحلة التنفيذ أن أحد المتعاقدين لا ينفذ التزامه، فيكون للعاقد الآخر إذا كان العقد ملزماً للجانبين أن يتمسك بالفسخ لكى يتحلل مما عليه من التزام. فالفسخ هو جزاء عدم التنفيذ فى العقود الملزمة للجانبين .

٢ - خطة الدراسة :

سنقسم دراسة نظرية البطلان إلى مبحثين ، ندرس فى المبحث الأول : أنواع البطلان وحالاته ، وفى المبحث الثانى : آثار البطلان .

المبحث الأول : أنواع البطلان وحالاته

ويتدرج البطلان من حيث القوة فى الأثر بين بطلان مطلق وقابلية للإبطال. ولذلك يجب أن نعرف أساس هذه التفرقة ، ثم بعد ذلك نعرض لنطاق كل منهما، ثم أخيراً ندرس أهمية التفرقة بين كل منهما :

المطلب الأول : التفرقة بين البطلان المطلق والقابلية للإبطال

وفى هذا النطاق نعرض لنقطتين على التوالى ، للنظرية التقليدية ثم للنظرية الحديثة فى هذا المجال .

أولاً : النظرية التقليدية

سنعرض فى هذا الصدد لأساس التفرقة ، ثم لنطاق كل من البطلان المطلق والقابلية للابطال .

١ - أساس التفرقة بين البطلان والقابلية للإبطال

نظرية البطلان فى القوانين العربية تقوم على أساس التفرقة بين أركان العقد، أى شروط الانعقاد والوجود من ناحية، وشروط الصحة من ناحية أخرى. وهذه التفرقة متأثرة بالفقه الإسلامى فى هذا الصدد ، كما أنها تتفق مع ما هو مستقر عليه فى الفقه اللاتينى التقليدى [١] .

وتعتبر التفرقة بين شروط الانعقاد وشروط الصحة هى نقطة الانطلاق للتفرقة بين البطلان والقابلية للإبطال . وعلى ذلك فإن تخلف شرط من شروط الانعقاد كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، أى لا يكون له وجود فى نظر القانون فلا ينتج أى أثر . أما إذا توافرت شروط انعقاد العقد أو وجوده وتخلف شرط من شروط صحته . فإن العقد يكون قابلاً للإبطال . أى العقد ينعقد ويرتب آثاره غير أنه نظراً لما شابه من عيب فإنه يكون مهدداً بالزوال، إذ يكون لأحد الطرفين الحق فى طلب إبطاله. على أنه إذا حكم بإبطاله زال بأثر رجعى واعتبر وكأنه لم يكن وعلى هذا الأساس فالعقد القابل للإبطال هو كالعقد الصحيح ما دام لم يحكم بإبطاله ، وهو كالعقد الباطل بطلانا مطلقاً إذا ما حكم بإبطاله [٢].

وبعد الوقوف على أساس التفرقة بين البطلان المطلق والقابلية للإبطال يجب أن نعرض الآن لنطاق كل من هذين النوعين .

٢ - نطاق البطلان المطلق والقابلية للإبطال :

وفى هذا الصدد عرض لحالات البطلان المطلق ولحالات القابلية للإبطال .

---

(١) انظر فى الفقة الفرنسى :

J.FLOUR, J. L. AUBERT, Droit civil, les obligations. V, I., L'acte juridique, 1975 No. 3220 p. 240.

Ph. Malaurie, L. Aynès, Droit civil, les obligations, 1985, No. 361, p. 225, et. s.

(٢) انظر إسماعيل غانم ، المرجع السابق ، فقرج ١٣١ ص ٢٧٥

أ - البطلان المطلق :

والبطلان المطلق جزاء يلحق العقد إذا تخلف ركن من أركانه، وعلى ذلك فيشمل:

١ - تخلف التراضي أو المحل أو السبب . وعلى ذلك يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً اذا انعدم التراضي لعدم تطابق الإرادتين ،و أو لأن العاقد غير مميز، أو كان المحل مستحيلاً أو لم يكن للالتزام سبب .

٢ - إذا لم تتوافر في المحل أو السبب شروطه الجوهرية . وعلى ذلك يكون العقد باطلا بطلاناً مطلقا إذا كان المحل غير معيّن أو غير قابل للتعيين . أو كان المحل غير مشروع أو أذا كان السبب غير مشروع .

٣ - إذا تخلف ركن الشكلية حينما يتطلبها القانون ، كما هو الحال في عقد الرهن الرسمي أو في هبة العقار.

٤ - إذا ورد نص خاص في القانون يقضي ببطلان العقد بطلاناً مطلقاً، كما في حالة اشتراط المدة لانعقاد الوعد بالتعاقد (م١٠١/١ مدني مصري) .

ويترتب على البطلان المطلق ألا يكون العقد موجوداً في نظر القانون فلا يصلح العقد لترتيب أي أثر منذ إبرامه . ومع ذلك فان بطلان العقد بطلانا مطلقا لسبب معين لا يمنع طرفيه من ابرام عقد جديد بدلا منه لا يشوب البطلان [1] .

ب - القابلية للإبطال :

القابلية للإبطالة جزاء يلحق العقد إذا تخلف شرط من شروط صحته رغم توافر أركانه . ويكون الأمر كذلك في الحالات الآتية :

١ - إذا كان أحد العاقدين ناقص الأهلية ، الصبي المميز، والسفيه وذو الغفلة .

٢ - إذا كانت إرادة أحد العاقدين مشوبة بعيب من عيوب الإرادة التي تقدم دراستها، وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

---

(١) نقض ١٩٨٣/١٢/١٥ الطعن ١٦٤٩ لسنة ٤٩ ق .

٣ -إذا ورد نص خاص فى القانون يقضى بالقابلية للإبطال، كما فى حالة بيع ملك الغير، (م ٤٦٦ مدنى مصرى).

وفى هذه الحالات ينعقد العقد منتجاً لآثاره إلى إن يحكم بإبطاله بناءً على طلب العاقد الذى تقرر الإبطال لمصلحته :

ثانياً النظرية الحديثة

ولدراسة النظرية الحديثة للبطلان سنتبع نفس المنهج الذى درسنا به النظرية التقليدية حتى يتسنى لنا المقابلة بين النظريتين . وعلى ذلك سنعرض أولاً لمعيار التفرقة بين البطلان المطلق والقابلية للإبطال، ثم على ضوء هذا المعيار تقوم بتحديد نطاق كل من نوعى البطلان ، وأخيراً موقف القانون الوضعى من النظرية الحديثة.

١ - معيار التفرقة بين البطلان المطلق والقابلية للابطال :

– نطقة الانطلاق – قصور النظرية التقليدية حيث تقوم هذه النظرية على التفرقة بين البطلان المطلق والقابلية للابطال على أساس "التفرقة بين أركان الانعقاد وشروط الصحة . فجعلت البطلان المطلق ، الجزاء الأشد ، لتخلف أركان الانعقاد باعتباره المخالفة الأشد جسامة ، بينما جعلت القابلية للابطال، الجزء الأخف ، لتخلف أحد شروط الصحة باعتبارها المخالفة الأقل خطورة . أما الحالات الأخرى والتى لا تنضوى تحت أى من هاتين المجموعتين يعتبرها الفقه والقضاء التقليدى حالات بطلان من نوع خاص، مثل ذلك بطلان التصرف المخالف للشرط المانع ، وكذلك بطلان بيع ملك الغير أو رهن ملك الغير .... الخ .

قد شكك الفقه الحديث فى فرنسا فى هذا الأساس من حيث الاعتماد على معيار المخالفة الأشد جسامة والمخالفة الأقل خطورة، إستناداً إلى أن الأركان تمثل عناصر أساسية للعقد – على اعتبار أنه كائن حى له أعضاء [(١)]– إذا حرم العقد منها أو من أحدها ولد العقد ميتاً ، بينما على العكس اذا ما حرم العقد من شروط الصحة

---

(١) J. Flour, J.L. Aubert, op.cit, no 323, p. 242; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequete, no 81 p. 92.

أو من أحدها بالرغم من إستجماعة لعناصرة الأساسية فان العقد يكون مصابا بمرض، ومن ثم يكون قابلا للشفاء - لذلك يرى الفقه الحديث فى مجموعه أن المعيار التقليدى للتفرقة بين نوعى البطلان غير دقيق على أساس أن شروط الصحة لازمة لابرام العقد بنفس القدر اللازم فيه شروط الانعقاد، ومن ثم يقتضي المنطق دفع الأمور إلي أبعد من ذلك والبحث عن السبب الذى أعطى لهذه الشروط أو تلك هذا اللزوم وتلك الضرورة لوجود العقد .

ومن هذه النقطة إنطلق الفقه الفرنسى الحديث ليقف على الغاية التى تهدف إليها القاعدة القانونية محل المخالفة ليبحث مدى تعلق محل المخالفة بالمصلحة العامة أو بمصلحة أحد المتعاقدين فى مواجهة الآخر، أو بمصلحة خاصة بصفة عامة. بمعنى آخر إذا كان الشرط المتخلف يعمل على سيادة فكرة اقتصادية أو اجتماعية أو أخلاقية فى العلاقات فيما بين المتعاقدين ودون أن يتعلق بحماية المصالح الخاصة بأحد المتعاقدين فى مواجهة الآخر فان الجزاء يكون البطلان المطلق وإذا كان العكس كان الجزاء القابلية للابطال (١) .

من أجل ذلك إستقر الفقه فى هذا الصدد على التفرقة بين النظام العام الحمائى L'ordre public de protection والنظام العام التوجيهى L'ordre public de diriction فالأول يتعلق بحماية أحد المتعاقدين فى مواجهة الآخر والثانى يتعلق بحماية المصالح العامة الاقتصادية والاجتماعية والاخلاقية فى المجتمع . ويترتب على ذلك أن الجزاء المقرر فى الأول هو القابلية للابطال وأن الجزاء المقرر فى الثانى هو البطلان المطلق . هذا باختصار معيار التفرقة بين نوعى البطلان فى النظرية الحديثة ولنر الآن نطاق كل من البطلان المطلق والقابلية للابطال طبقا لهذا المعيار .

٢- نطاق البطلان المطلق والقابلية للابطال :

وقد رتب الفقه الفرنسى الحديث على هذا المعيار نتيجة غاية فى الأهمية :

وهى عدم الأخذ بالتفرقة التقليدية بين شروط الانعقاد وشروط الصحة وإنما

---

(١) Ch. Larroumet, op.cit., no 533 p. 517, 518.

يجب أن ينظر إلى شروط إبرام العقد فى مجموعها . وللبحث عن جزاء تخلف أحد هذه الشروط يجب الوقوف على مدى تعلقه بالنظام العام الحمائى أو بالنظام العام التوجيهى وبالتالى تقرير الجزاء الملائم القابلية للابطال أو البطلان المطلق بحسب الأحوال [1] .

أ - البطلان المطلق :

فى الحالات التى تكون فيها شروط ابرام العقد مفروضة من أجل سيادة فكرة اقتصادية أو اجتماعية أو أخلاقية فى العلاقات التعاقدية ودون أن تتعلق بحماية المصالح الخاصة بأحد المتعاقدين فى مواجهة الآخر فان الجزاء يكون البطلان المطلق، وعلى ذلك فيشمل ما يلى :

١ - عدم مشروعية المحل أو استحالته .

٢ - عدم مشروعية السبب .

ب - القابلية للإبطال :

فى الحالات التى تكون فيها شروط ابرام العقد مفروضة من أجل حماية مصلحة خاصة فان الجزاء يكون القابلية للابطال ، وعلى ذلك يشمل ما يلى :

١ - نقص الأهلية .

٢ - عيوب الارادة .

٣ - انعدام الرضا لانعدام التمييز

٤ - عدم وجود المحل وقت إبرام العقد إذا إتجه قصد المتعاقدين إلى ضرورة ذلك.

٥ - عدم تعيين المحل أو مقداره .

٦ - عدم وجود السبب .

---

(١) ويبدو أن النظرية الحديثة وجدت لها صدى فى أحكام القضاء المصرى ، انظر على سبيل لمثال نقض ١٩٩٠/٣/١٢ الطعن رقم ١٩٨٤ لسنة ٥٨ ق حيث قضت محكمة النقض بأن «الأصل فى الإرادة هو المشروعية ، بطلان الارادة شرط تحديد نوع البطلان . معيار الغاية التى تغياها المشرع من القاعدة محل المخالفة فان كانت حماية مصلحة عامة جرت أحكام البطلان المطلق ويجوز لكل ذى مصلحة التمسك به» .

يتضح مما سبق أنه فى إطار التنظيم الحر للتبادل الاقتصادى ينبغى أن يكون الحد الأدنى من القواعد المفروضة من أجل المصلحة العامة وبالتالى يكون الجزاء الغالب فى مجال ابرام العقود هو القابلية للابطال . كما أنه فى الحالات التى يساء فيها استخدام الحرية التعاقدية فانه سيكون من المناسب زيادة عدد القواعد التى تؤدى إلى نوع من الحماية التعاقدية Protectionnisme contractuel والتى يكون الجزاء المناسب فيها ايضا هو القابلية للابطال .

٣ - موقف القانون الوضعى من النظرية الحديثة :

بالنسبة للفقه الفرنسى : يرى أن المعيار المقترح للتفرقة بين نوعى البطلان يسمح بأن يؤدى البطلان دوره كجزاء على نحو أفضل من معيار التفرقة التقليدى. وترجع أفضلية المعيار المقترح إلى أن حالات القابلية للابطال تعتبر حالات بطلان للحماية والذى يتمحور نظامه حول أنه لا يجوز التمسك به الا من جانب من تقرر الابطال لمصلحته و خلال مدة معينة ما لم يكن قد أجاز العقد القابل للابطال بينما البطلان المطلق الذى تقرر من أجل المصلحة العامة فانه يجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك به ولا ترد عليه إجازة وأن دعوى البطلان لا تسقط إلا بالتقادم الطويل.

بالنسبة للقضاء فى فرنسا يقر القضاء أن القابلية للابطال هو بطلان للحماية ولكنه لم يذهب مع منطق النظرية الحديثة الى منتهاه وبصفة خاصة بالنسبة لشروط الانعقاد والتى تتقرر من أجل حماية مصلحة أحد الطرفين ، إذ فى هذه الحالات لا يحكم بالقابلية للابطال متأثراً فى ذلك بالنظرية التقليدية . فنجد القضاء الفرنسى - إلى وقتنا الحاضر - يحكم فى بعض الحالات التى تكون فيها الحماية مقررة لمصلحة خاصة بالبطلان المطلق، فمثلا بالنسبة لعدم وجود السبب أو المحل أو عدم تعيين المحل

---

(١) وقد أخذت بعض التشريعات الحديثة بمعيار التفرقة المقترح فنجد قانون مقاطعة كيبك فى كندا قد أخذ بهذا المعيار حيث ينص على أن هناك بطلانا مطلقا «عندما يكون الجزاء على شرط الانعقاد مفروضا من أجل حماية مصلحة عامة» (م ١٤١٧ من التقنين المدنى) بينما يكون العقد قابلا للابطال «عندما يكون الجزاء على شرط الانعقاد مفروضا من أجل حماية مصالح خاصة» (م ١٤١٩ من التقنين المدنى) كما أن التقنين المدنى للوزان ، المعدل فى ١٩٨٤ ، أخذ بمعيار مماثل (م ٢٠٢٩ وما بعدها Larroumet, op.cit no 533 p. 518 .

أو مقداره يحكم بالبطلان المطلق . يتضح من ذلك أن القضاء الفرنسى لا يأخذ بما تذهب إليه النظرية الحديثة من التفرقة بين المحل المستحيل وغير المشروع وعدم وجود المحل، وبالمثل بين عدم وجود السبب والسبب غير المشروع حيث إنه بصدد هذه الحالات يرى القضاء أن المخالفة على نحو معين من الجسامة مما يبرر الحكم بالبطلان المطلق . وبالمثل عند تخلف الشكل يحكم القضاء – غالبا – بالبطلان المطلق بالرغم من أنه فى بعض الحالات يكون الشكل مقرر لحماية مصلحة خاصة مما يترتب عليه وفقا للنظرية الحديثة الحكم بالابطال (١) .

– ويكاد يجمع الفقه الفرنسى على أنه بالرغم من الانتقادات التى يمكن أن توجه إلى المعيار المقترح إلا أنه ما زال يصلح كموجه عام لا يمكن الاستغناد عنه للتفرقة بين نوعى البطلان (٢) ويرى هذا الفقه أن النتائج التى تترتب على هذا المعيار بصفة خاصة فى مجال النظام القانونى للبطلان يمكن تقويمها وتصحيحها فى القانون الوضعى (٣).

المطلب الثانى : أهمية التفرقة بين البطلان المطلق والقابلية للإبطال

تتجلى أهمية التفرقة بين البطلان والمطلق والقابلية للإبطال فى نواحٍ ثلاث :

١ – من له حق التمسك بالبطلان . ٢ – كيفية تقرير البطلان .

٣ – سقوط الحق فى التمسك بالبطلان .

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك :
Ch. Larroumet, op.cit. no 534 p. 518.
J. Flour, J. L. Aubert, op.cit. no 82 p. 93 et s.

(٢) انظر : F. Terré Ph. Simler, Y. Lequette, op.cit no 83 p.95
J. Flour, J.L. Aubert, op.cit. no 338 p,. 261.

(٣) انظر فى تفصيل ذلك Ch. Larroumet, op.cit, no 534, p. 519.

أولاً : من له حق التمسك بالبطلان :

ويتجلى فى هذا الصدد فارق جوهرى بين البطلان المطلق والقابلية للإبطال:

١ - ففى القابلية للإبطال : حيث الهدف المقصود من قابلية العقد للإبطال هو حماية أحد العاقدين ، يكون لهذا العاقد وحده أن يتمسك به .

فإذا كان سبب قابلية العقد للإبطال هو نقص الأهلية، فناقص الأهلية وحده هو الذى يجوز له أن يتمسك بالإبطال . وإذا كان السبب هو عيب فى الإرادة فإن صاحب الإرادة المعيبة هو وحدة الذى يجوز له التمسك بالإبطال . (م ١٣٨ مدنى مصرى)(١) .

٢ - وعلى النقيض من هذا نجد أن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً، ليس له وجود قانونى ، فيجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان . (م ١/١٤١ مدنى) .

والمقصود بالمصلحة التى تجيز التمسك بالبطلان ، هى تلك التى تستند إلى حق يتأثر بصحة العقد أو بطلانه .

وتطبيقا لذلك نجد أن لكل من العاقدين فى العقد الباطل وخلفهما العام، وخلفهما الخاص، والدائنين مصلحة فى التمسك بالبطلان المطلق للعقد . ففى عقد البيع الباطل بطلاناً مطلقاً، يجوز للبائع أو المشترى أن يتمسك بالبطلان على حد سواء. كما يجوز لدائن البائع أن يتمسك بالبطلان المطلق بعقد البيع حيث إن له مصلحة فى احتفاظ البائع بملكية الشىء المبيع . ليبقى عنصراً فى ضمانه العام، وبالتالى يستطيع أن يستوفى منه حقه . ويجوز أيضا لورثة المتعاقدين، الخلف العام، أن يتمسكوا ببطلان العقد ، إذا كان لهم مصلحة فى ذلك ، مع ملاحظة أن الأصل فى العقود الصحة وأن من يدعى البطلان هو الذى يقع عليه إثبات ذلك (٢) .

أما من عدا هؤلاء فلا يجوز له أن يتسمك بالبطلان ، حتى لو كانت له مصلحة

---

(١) نقض ١٩٨١/٢/٢١ س ٣٢ ص ٥٧٣ .

(٢) نقض ١٩٨٣/٣/٢٠ الطعن ٥٧٧ لسنة ٤٩ ق .

فى التمسك به ، إذ العبرة بالمصلحة التى تستند إلى حق يتأثر بصحة العقد أو بطلانه. وعلى ذلك فلا يجوز مثلاً لجارٍ أن يتمسك ببطلان عقد بيع صادر من جاره بحجة أن له مصلحة فى الإبقاء على الجار (البائع) وعدم ميله للمشترى. ولا يصح للتاجر أن يتمسك ببطلان عقد شركة، خشية أن يتعرض لمنافسة هذه الشركة .

ثانيا : كيفية تقرير البطلان :

يتوقف تقرير البطلان على طبيعته ، بطلان مطلق أو قابليته للإبطال .

١ - بالنسبة للعقد القابل للإبطال ، فالعقد موجود قانوناً ، ومنتج لكل آثاره ، ولكنه مهدد بالزوال . فإذا لم يتفق الطرفان على إبطال العقد، وجب على صاحب الحق فى الإبطال، ناقص الأهلية أو من تعيبت إرادته، أن يرفع دعوى للمطالبة به . والقاضى لا يملك من تلقاء نفسه أن يحكم بإبطال العقد، وإلا يكون قد قضى بما لا يطلبه الخصوم ، وهذا ممتنع عليه . ولذلك يجب أن يتمسك صاحب الحق فيه بذلك . على أنه إذا توافرت شروط الإبطال فالقاضى يلتزم بالحكم به [١]، وحكم القاضى فى هذه الحالة منشىء للبطلان ، لأنه يزيل العقد الموجود قانوناً ، فينشىء حالة البطلان .

٢ - بالنسبة للعقد الباطل بطلاناً مطلقاً : فالعقد ليس له وجود قانونى. ولهذا فالأصل أنه ليس هناك حاجة إلى صدور الحكم ببطلانه . فللبائع مثلاً فى عقد بيع باطل أن يتصرف فى الشىء المبيع، وكأن البيع الأول لم يكن . وإذا احتج عليه المتعاقد الآخر كان للبائع أن يدفع بالبطلان .

لكن يلاحظ أحياناً أن الضرورة قد تلجىء الشخص إلى رفع دعوى البطلان. كأن يكون البائع مثلاً نفّذ التزامه بتسليم الشىء المبيع فى البيع، ويريد أن يسترده فيرفض المشترى. وعندئذ لا مفر من الالتجاء للقاضي للحكم بالبطلان . وحكم القاضى لا ينشىء البطلان بل يكشف عن أمر ثابت من قبل ، أى يكشف عن عدم وجود العقد قانوناً منذ البداية .

---

(١) شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، فقرة ٢٥٣ ص ٣٨٠.

وحيث إن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً عقد ليس له وجود قانونى، فإنه يجوز للقاضى أن يحكم بالبطلان من تلقاء نفسه دون أن يطلب منه ذلك . (م١٤١/٢ مدنى) .

ثالثاً : **سقوط الحق فى التمسك بالبطلان** :

يسقط الحق فى التمسك بالبطلان ، إما بالأجازة وإما بالتقادم ، والإجازة لا تكون إلا فى العقد القابل للإبطال. أما التقادم فهو يرد على نوعى البطلان، وإن اختلفت أحكامه .

١ - الإجازة [١]:

القاعدة أنه «يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية» وعلى ضوء ذلك يجب أن نعرض لتعريف الإجازة وتحديد نطاقها، ثم نعرض بعد ذلك لشروطها، وأخيراً ندرس آثارها.

أ - المقصود بالإجازة ونطاقها :

الإجازة هى تصرف قانونى بالإرادة المنفردة يعبر فيه العاقد الذى تقرر الإبطال لمصلحته عن رغبته فى النزول عن الحق فى التمسك بالإبطال [٢]. ويترتب على هذا التعريف نتيجتان :

الأولى : أن الإجازة هى تأييد لعقد قائم بإزالة الخطر الذى كان يتهدده، وبالتالى فإنها لا ترد إلا على العقد القابل للإبطال دون العقد الباطل بطلاناً مطلقاً. حيث إن العقد الباطل بطلانا مطلقاً ليس له وجود قانونى، أى عدم ، والإجازة لا يمكن أن ترد على العدم . أما العقد القابل للإبطال فهو عقد موجود قانوناً ومنتج لكل آثاره إلى أن يحكم بإبطاله . والقابلية للابطال قد شرعت لحماية مصلحة أحد

---

(١) انظر استاذنا :
V.G. GOUTURIER, La Confirmation des actes nuls, Thèse Paris, 1969, L.G.D.J. 1977, Préface, J. FLOUR.

وانظر م ١٣٩ مدنى مصرى، م ٢٣٦ موجبات وعقود لبنانى.

(٢) انظر فى نفس هذا المعنى نقض ١٩٥٥/٢/١ الطعن ١٩٧ لسنة ١٨ ق .

العاقدين الذى يكون له وحده التمسك بإبطاله فيجوز له أن يتنازل عن هذا بإجازة العقد ..

الثانية : أن الإجازة تختلف عن الإقرار. فبالرغم من أن كلاً منهما تصرف قانونى بالإرادة المنفردة إلا أن كلاً منهما يختلف عن الآخر من حيث محله، وصاحبه وأثره .

فالإجازة ترد على عقد قابل للإبطال، وتصدر من طرف فى العقد، هو المتعاقد الذى تقرر الإبطال لمصلحته . ويترتب عليها تصحيح عقد كان ينقصه شرط من شروط الصحة.

أما الإقرار فهو يرد على عقد صحيح. ويصدر من شخص أجنبى عن التعاقد. ويقصد به أن يضيف هذا الشخص آثار التعاقد إلى نفسه رغم أنه لم يكن شريكاً فيه. ومثل ذلك إقرار الموكل لتصرف الوكيل الذى يكون جاوز فيه حدود الوكالة .

ب – شروط الإجازة :

يشترط فى الاجازة باعتبارها تصرفاً قانونياً بالإرادة المنفردة عدة شروط :

فمن حيث **الموضوع** يشترط ما يلى :

١ – يجب أن يكون المجيز عالماً بالعيب الذى لحق العقد .

٢ – أن تتجه إرادة المجيز إلى النزول على حقه فى الإبطال .

٣ – يجب أن يتوافر فيها الشروط اللازمة لصحة التصرف القانونى وخاصة ما يتعلق منها بالأهلية وسلامة الإرادة من العيب .

وعلى ذلك يشترط لصحة الإجازة زوال السبب الذى من أجله كان العقد قابلاً للإبطال، وإلا كانت الإجازة نفسها قابلة للإبطال. فناقص الأهلية لا يملك إجازة العقد إلا بعد اكتمال أهليّته . ومن شاب ارادته عيب من عيوب الرضى لا تكون اجازته صحيحة إلا إذا صدرت عنه بعد اكتشاف الغلط والتدليس أو بعد زوال الاستغلال وتأثير الإكراه .

ومن حيث **الشكل والإثبات** :

لا يتطلب القانون في الإجازة أي شكل معين، فالإجازة قد تكون صريحة أو ضمنية. وتكون الإجازة صريحة إذا تمت بعبارة تفيد ذلك. وتكون الإجازة ضمنية إذا أمكن استخلاصها من أي عمل يقوم به العاقد صاحب الحق في الإجازة ويدل على انصراف إرادته إلى النزول عن التمسك بالبطلان، كما لو نفذ العقد، كأن يبني على أرض اشتراها بعقد قابل للإبطال، أو تصرف في الشيء الذي تلقى ملكيته بالعقد القابل للإبطال، رغم علمه بالعيب الذي شاب هذا العقد وبعد أن زال سببه [1].

وعبء إثبات صدور الاجازة يكون على الطرف الذي له مصلحة في التمسك بها ، أي على الطرف الآخر أي يقع على عاتق مدعي الأجازة [2]، وله أن يثبت حصول الإجازة بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن [3].

جـ - آثار الإجازة :

القاعدة أنه يترتب على الإجازة زوال حق المتعاقد في طلب الإبطال، وبالتالي، يتأكد وجود العقد بزوال ما كان يتهدده من خطر الإبطال . ويعتبر العقد صحيحاً من وقت انعقاده لا من وقت إجازته . وتبعاً لذلك فإن ما ترتب من آثار على العقد قبل إجازته يستقر نهائياً ، كما تترتب كل الآثار الأخرى التي لم تكن قد ترتبت من قبل [4].

ولكن إذا كان للإجازة أثر رجعي فيما بين المتعاقدين فإنها ليس لها نفس الأثر بالنسبة للغير)م١٣٩/٢ مدنى مصرى) . ويقصد بالغير هنا الخلف الخاص الذى تلقى من المتعاقد الذى تقررت القابلية للإبطال لمصلحته، حقاً على العين محل التعاقد إذا كان من شأن الإجازة المساس به . فلو باع قاصر عقاراً له، وبعد بلوغه سن

---

(١) اسماعيل غانم ، المرجع السابق، فقرة ١٣٧ ص ٢٨٤.

(٢) نقض ١٩٧٣/٢/١٥ س ٢٣ ص ١٦٢ .

(٣) أنور سلطان ، المرجع السابق ، فقرة ٢٣٥ ص ٨٠ ، عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، جزء ١ ، فقرة ٣١٧، ص ٥٦٨ وما بعدها.

(٤) قارن اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، فقرة ١٣٨ ص ٢٨٤ الذى يرى أن الأثر الرجعي للإجازة لا يتفق مع التصوير الذى أخذ به القانون المصرى للبطلان النسبي .

الرشد قام برهن هذا العقار، ثم أجاز البيع بعد ذلك، فإن هذه الإجازة لا تضر بحق الدائن المرتهن بل يبقى العقار للمشترى ولكن مثقلاً بحق الرهن .

٢ - التقادم :

وفى هذا الصدد يجب أن نفرق بين العقد القابل للإبطال والعقد الباطل بطلانا مطلقاً.

أ - فى العقد القابل للإبطال :

يسقط الحق فى التمسك بإبطال العقد القابل للإبطال بمضى المدة التى يحددها القانون. وهذه المدة تختلف بحسب الأحوال:

فبالنسبة للغلط والتدليس والإكراه فإن الحق فى التمسك بالإبطال يسقط بمضى ثلاث سنوات (م ١/١٤٠ مدنى) من وقت اكتشاف الغلط . أو التدليس، أو من وقت انقطاع الإكراه . وفى جميع الأحوال يسقط الحق فى التمسك بالإبطال بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد (م ٢/١٤٠ مدنى).

وعلى ذلك فإن الحق فى التمسك بإبطال العقد لأحد هذه العيوب الثلاثة، سواء بطريق الدعوى أو بطريق الدفع، يتقادم بأقصر الأجلين : ثلاث سنوات من وقت زوال العيب أو خمس عشرة سنة من وقت صدور العقد [١].

وبالنسبة لنقص الأهلية فيكون التقادم بمضى ثلاث سنوات من وقت زوال نقص الأهلية، أى من وقت استكمال ناقص الأهلية لأهليته فقط (م ٢/١٤٠ مدنى) [٢].

والعلة من تقصير مدة تقادم القابلية للإبطال، أن الحق فى الإبطال مقرر لأحد العاقدين دون الآخر، فمصير العقد فى يده وحده، وإلى أن يختار الإجازة أو طلب

---

(١) اسماغيل غانم ، المرجع السابق ، فقرة ١٣٩، ص ٢٩٠ . أما فى غير هذه الحالات فان مدة تقادم الحق فى إبطال العقد لا تتم إلا بمضى خمسة عشر سنة من تاريخ إبرام العقد ، نقض ١٩٨٥/٦/٣٠ الطعن ٨٤١ لسنة ٥١ ق.

(٢) انظر نقض ١٩٨٩/١٢/٢٨ الطعن ١٤٣٩ لسنة ٥١ ق.

الإبطال يكون العقد غير مستقر، وليس من المصلحة أن تبقى حالة عدم الاستقرار هذه مدة طويلة . كما أنه لا يجوز أن يبدأ سريان مدة التقادم القصير من وقت انعقاد العقد، إذ إن هذا قد يؤدى إلى تعطيل حق طلب الإبطال إذا لم يستكمل ناقص الأهلية أهليته، أو إذا لم ينكشف الغلط أو التدليس أو لم ينقطع الإكراه، إلا بعد مضى أكثر من ثلاث سنوات من وقت انعقاد العقد. ولذلك جعل القانون بداية سريان مدة التقادم من وقت اكتمال الأهلية، أو انكشاف الغلط أو التدليس أو انقطاع الإكراه [1] .

ب – فى العقد الباطل بطلاناً مطلقاً :

ينص القانون على سقوط دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد (م ٢/١٤١ مدنى) ولنفهم هذا الحكم يجب أن نفرق بين فرضين :

الفرض الأول : دعوى البطلان : أنه إذا قام شخص بتنفيذ التزامه فى عقد باطل، فإنه لا يجوز له رفع دعوى البطلان لاسترداد ما أعطاه، بعد مضى خمس عشرة سنة على العقد. إذ يحق للطرف الآخر الاحتجاج بسقوط هذه الدعوى بمضى المدة أى التقادم .

وعلى ذلك فلو أن هناك بيعاً باطلاً تم تسليم المبيع فيه إلى المشترى وانقضت مدة خمس عشرة سنة من وقت إبرام العقد، ورفع البائع دعوى يتمسك فيها ببطلان البيع أمكن للمشترى أن يرد هذه الدعوى بالتقادم .

والعلة فى تقادم دعوى البطلان المطلق هى العلة الأساسية فى التقادم عموماً، وهى ضرورة تأييد الأوضاع الفعلية إذ ما استقرت مدة من الزمن . فالالتجاد إلى دعوى البطلان إنما يكون بعد تنفيذ العقد، إذا ماأراد أحد العاقدين أن يسترد ما أداه. وتنفيذ العقد ولو كان باطلاً ينشىء وضعاً فعلياً من المصلحة تأييده إذا ما استمر مدة طويلة [2] .

---

(١) اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، فقرة ١٣٩ ، ص ٢٨٩ .

(٢) اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، فقرة ١٣٩ ، ص ٢٨٦ .

الفرض الثانى : الدفع بالبطلان : فى هذا الفرض نجد أن المتعاقد لم ينفذ التزامه، ثم يطالبه الطرف الآخر بالتنفيذ، فهنا يحق للطرف الأول أن يدفع ببطلان العقد، حتى ولو انقضى عليه أكثر من خمس عشرة سنة [1] . ففى عقد بيع باطل مثلاً إذا كان المشترى لم يتسلم المبيع ورفع دعوى يطالب فيها بالتسليم استطاع البائع أن يدفع ببطلان البيع، ولو كان مضى على العقد أكثر من خمسة عشر سنة.

والعلة من عدم تقادم الدفع بالبطلان يرجع إلى أنه لم يهدد وضعاً مستقراً مهما طال الأمد على العقد، حيث إن تقرير البطلان يكون مطابقاً للواقع الفعلى، فلا يخشى أن يترتب عليه إهدار وضع مستقر [2].

وبعد عرض أنواع البطلان وحالاته نعرض الآن لآثار البطلان .

المبحث الثانى : آثار البطلان

يجب أن نلفت الانتباه هنا إلى أن الكلام عن آثار البطلان ينصرف إلى البطلان بنوعيه ، البطلان المطلق والقابلية للإبطال بعد تقرير بطلانه. فكما سبق أن رأينا أنه إذا كان العقد الباطل بطلاناً مطلقاً والعقد القابل للإبطال يختلفان قبل تقرير البطلان، إلا أنه متى تقرر إبطال العقد القابل للإبطال بحكم من القضاء أو بتراضى الطرفين، ترتب عليه ما يترتب على البطلان المطلق من آثار فيزول العقد فى الحالتين بأثر رجعى، أى من يوم إبرامه [3] . (م ٢/١٤٢ مدنى مصرى).

وعلى ذلك سوف ندرس فى مطلب أول ، زوال العقد بأثر رجعى، ثم بعد ذلك ندرس فى مطلب ثانٍ الحد من عمل البطلان بوجه عام.

---

(١) نقض ١٩٥٧/٤/١١ س ٨ ص ٤٠٤

(٢) اسماعيل غانم ، المرجع السابق، فقرة ١٣٩ ،ص ٢٨٦.

(٣) عبدالمنعم البدرواى ، المرجع السابق ، فقرة ٢٧٩ ، ص ٣٦٠ ، توفيق فرج ، المرجع السابق، ص ١٧١

المطلب الأول : زوال العقد بأثر رجعى

وفى هذا الصدد يجب أن ندرس هذا الأثر بالنسبة للمتعاقدين ، ثم بعد ذلك بالنسبة إلى الغير.

أولاً : بالنسبة للمتعاقدين :

وفى هذا المجال سندرس القاعدة العامة ، ثم بعد ذلك نعرض للقيود التى ترد عليها.

١ - القاعدة :

- القاعدة فى هذا الصدد أنه «حتى فى حالتى إبطال العقد أو بطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض عادل» .

- ويفهم من هذه القاعدة أنه إذا كان العقد الذى تقرر بطلانه لم ينفذ، فلا يلزم أى من المتعاقدين بأى أداء نحو الآخر .

- أما إذا كان أحد المتعاقدين قد نفذ العقد كله أو فى جزء منه، وجب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد . ويقتضى ذلك أن يرد كل منهما إلى الآخر الأداد الذى تلقاه . ففى عقد البيع مثلاً يجب على المشترى أن يرد الشىء المبيع إلى البائع ، ويجب على البائع أن يرد الثمن إلى المشترى .

- وإذا كانت القاعدة فى العلاقة بين المتعاقدين هى إعادة الطرفين إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد، إلا أن هذه القاعدة لا يمكن أن تعمل على إطلاقها وإنما هناك قيود تحد من تطبيقها .

٢ - حدود القاعدة :

قاعدة إعادة الطرفين إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد عند تقرير البطلان لا تعمل على إطلاقها وإنما تجد حدودها فى الواقع، أو فى طبيعة الأشياء ، أو فى اعتبارات معينة يرى المشرع أنها جديرة بالحماية .

١ - استحالة إعادة الطرفين إلى حالتهما قبل التعاقد : وهذه الاستحالة قد تكون بحكم الواقع كما لو أن الشيء المبيع هلك مثلاً في يد المشترى بخطأ منه، فإن القاضى يحكم بتعويض يعادل قيمة الشيء المبيع وقت هلاكه .

وقد تكون الاستحالة راجعة إلى طبيعة الأشياء ، كما هو الحال في العقود الزمنية. ففى هذه العقود يستحيل مادياً إزالة بعض الآثار التى ترتبت فى الماضى عليها. ففى حالة الحكم ببطلان عقد الإيجار، مثلاً، إذا كان قد تم تنفيذه، التزم المستأجر برد العين المؤجرة، كما يلتزم المؤجر أن يرد للمستأجر جميع المبالغ التى أخذها على سبيل الأجرة. ولكن حيث يتعذر هنا إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل الإيجار، بالنسبة لانتفاع المستأجر بالعين، إذ الفرض أنه انتفع بها بالفعل، فإن المستأجر يلتزم بأن يدفع تعويضاً عن الانتفاع الذى حصل عليه والذى لا يمكن رده. وهذا التعويض لا يعد أجرة ولا تضمنه ضمانات الأجرة كما لا يتقادم بمدة تقادمها[١] .

٢ - حماية ناقص الأهلية : القاعدة فى هذا الصدد أن ناقص الأهلية لا يلزم إذا أبطل العقد لنقص أهليته، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد. وعلى ذلك اذا باع القاصر وقبض الثمن، ثم أبطل العقد بناءً على طلبه بعد بلوغ سن الرشد أو بناء على طلب وصية، فإن القاصر لا يلزم بأن يرد من الثمن إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة منه . فإذا كان قد أنفقه فى ملذاته أو لهوه لم يلتزم برد شيء منه، أما إذا بقى معه منه شيء أو أنفقه فى وجوه الإنفاق المعقولة أو استثمار، كان ملزماً بأن يرده فى حدود ما عاد عليه من نفع [٢].

٣ - حماية حسن النية : إذا قام أخذ الطرفين بتنفيذ العقد الذى تقرر إبطاله وترتب على ذلك انتقال حيازة شيء إلى الطرف الآخر فإن الحائز الحسن النية يحتفظ بالثمار [٣].

---

(١) جلال العدوى ، أصول المعاملات ، ص ١٨١ .

(٢) عبد المنعم البدرواوى ، المرجع السابق ، فقرة ٢٧٨ ، ص ٣٦٣.

(٣) مادة ١/١٨٥ مدنى مصرى .

ثانياً : بالنسبة إلى الغير :

وفى هذا الصدد ندرس أيضاً القاعدة العامة، ثم بعد ذلك نعرض للقيود التى ترد عليها .

١ – القاعدة :

• لا يقتصر أثر البطلان على العلاقة فيما بين المتعاقدين بل يمتد إلى الغير. ولكن ما هو المقصود بالغير فى هذا الخصوص ؟

• يقصد بالغير هنا من يكون قد تعاقد مع المتصرف إليه فى العقد الباطل على اكتساب حق متعلق بالشيء موضوع هذا العقد [١]. كما إذا قام المشترى فى عقد بيع باطل بتأجير العين إلى مستأجر ، أو إذا قرر عليها حقاً عينياً للغير، كحق رهن أو ارتفاق. فالأصل أن بطلان عقد البيع يترتب عليه إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد وبالتالى ما صدر من عقود من المشترى تكون عديمة الأثر بالنسبة للبائع، فالمشترى لم يتملك الشيء بمقتضي عقد البيع، فتكون عقوده عقوداً صادرة من غير مالك ، وفاقد الشيء لا يعطيه [٢].

• ولكن هذه القاعدة لا يمكن تطبيقها على إطلاقها حيث أن ذلك قد يضر بالغير حسن النية، ولذلك وردت عليها عدة استثناءات الغرض منها حماية الغير حسن النية. فندرس الآن بالتفصيل حدود هذه القاعدة .

٢ – حدود القاعدة :

يحد من قاعدة زوال العقد بأثر رجعى بالنسبة للغير بعض القيود التى تؤدى إلى تحقيق استقرار التعامل وحماية الائتمان ، وذلك بتقرير الحماية للغير حسن النية.

فبالنسبة للعقود الصادرة من المتصرف إليه فى العقد الباطل إلى الغير يجب أن نفرق بين عقود الإدارة وعقود التصرف .

---

(١) إسماعيل غانم ، المرجع السابق ، فقرجة ١٤٨، ص ٣٠١.

(٢) أنور سلطان ، المرجع السابق، فقرة ٢٣٠، ص ٢٧٤، إسماعيل غانم ، المرجع السابق، فقرة ١٤٨، ص ٣٠١.

أولا : فالقاعدة أن عقود الإدارة ، كالإيجار ، تبقى قائمة رغم بطلان سند تملك من صدرت منه وذلك إذا كانت من أعمال الإدارة الحسنة . ففى عقد الإيجار مثلاً يشترط لبقائه :

١ - أن تكون الأجرة أجرة المثل .

٢ - وأن تكون المدة قصيرة

٣ - وأن يكون المستأجر حسن النية، أى يجهل ما يشوب سند المتصرف من أسباب البطلان.

ثانياً : أما بالنسبة لعقود التصرف، فيجب التفرقة بين المنقول العقار:

١ - فإذا كان **الشيء منقولا** وتسلمه الغير بحسن نية وهو يجهل ما يشوب سند المتصرف من أسباب البطلان، كان له أن يحتج بقاعدة الحيازة فى المنقول، بحسن نية، سند الحائز، ليكتسب على أساسها الملكية أو الحق العينى رغم أنه قد تعاقد مع غير مالك.

٢ - إذا كان **الشيء عقاراً** فيجب التفرقة بين البطلان المطلق والقابلية للإبطال:

أ - إذا كان سند ملكية المتصرف باطلاً بطلاناً مطلقاً، فإن ملكية العقار لم تثبت للمتصرف إليه قانوناً فى يوم من الأيام، حيث إن العقد الباطل منعدم منذ قيامه، وبالتالى فإن المتصرف إليه مجرد واضع يد . وعلى ذلك فإن الغير الذى تلقى حقاً عينياً من المتصرف إليه لا يستطيع أن يحتج بهذه الحقوق فى مواجهة المدعى حتى ولو كان حسن النية وشهر حقه قبل تسجيل دعوى البطلان أو التأشير بها .

ب - أما إذا كان سند المتصرف قابلاً للإبطال، فإن الحكم بالإبطال لا يحتج به على الغير الذى كسب حقه وسجله وهو حسن النية قبل تسجيل دعوى الإبطال أو التأشير بها. وهذا الفرض يختلف عن الفرض السابق حيث إن الغير قد تعامل مع شخص ثبتت له الملكية قانوناً فى وقت ما ، أى قبل الحكم بالإبطال ، حيث إن هذا العقد موجود ويرتب آثاره إلى أن يحكم بإبطاله، كما أن الغير حسن النية حيث إنه

لم يكن يعلم بالعيب الذى شاب العقد، بدليل أنه عند تسجيله أو قيده لحقه لم يكن قد سجلت دعوى الإبطال أو لم يتم التأشير بها على هامش التسجيل .

المطلب الثانى - الحد من عمل البطلان

سبق أن رأينا أن الأثر المباشر للبطلان وهو زوال العقد بأثر رجعى، أى من وقت إبرام العقد لا من وقت تقرير البطلان. ولخطورة هذا المبدأ وجدنا أن المشرّع تدخل ليحد من تطبيقه سواء بالنسبة للمتعاقد أو بالنسبة للغير على النحو السابق تفصيله.

وفى هذا المطلب سنعرض للقيود العامة التى وضعها المشرع للحد من عمل البطلان فى العقود بصفة عامة. ولذلك سنجد أن المشرع قد لجأ إلى أنظمة قانونية معينة ، كانتقاص العقد، أو البطلان الجزئى، أو تحول العقد ، ليتوقّى الانهيار الكامل للعقد . وهذا يدخل ضمن سياسة عامة للمشرع تهدف إلى تحقيق استقرار المعاملات، تقديراً منه لما يترتب على العقد من اثار اقتصادية واجتماعية بعيدة المدى تتجاوز المتعاقدين بل والغير لتعم النظام الاقتصادى والاجتماعى ككل [1]. ولنعرض الآن لدراسة هذه الوسائل القانونية .

أولاً : انتقاص العقد :

ونعرض هنا لتحديد المقصود بانتقاص العقد وتحديد نطاقه، ثم بعد ذلك ندرس شروط الانتقاص .

١ - المقصود بانتقاص العقد وتحديد نطاقه :

القاعدة أنه «إذا كان العقد فى شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال فهذا الشق وحده هو الذى يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال، فيبطل العقد كله» (م ١٤٣ مدنى مصرى) .

---

(١) انظر فى تطبيق هذه السياسة فى نطاق تنفيذ العقد، نبيل سعد، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، ١٩٨٤، ص ٥ وما بعدها.

ومقتضى هذه القاعدة أنه إذا كان العقد ليس باطلاً بأكمله، وإنما يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال في جزء منه، وصحيحاً في الجزء الآخر، فإنه يتنزع الجزء الباطل، أما المتبقى من العقد فيبقى صحيحاً باعتباره عقداً قائماً بذاته، هذا ما لم يتبين أن الشق الباطل لا ينفصل عن جملة العقد فيبطل العقد كله .

وأساس هذه القاعدة هو تفسير إرادة المتعاقدين على أنه ليس لديهما مانع من الإبقاء على الجزء الصحيح فى العقد .

ومن أمثلة انتقاص العقد الهبة المقترنة بشرط غير مشروع، فتصح الهبة ويبطل الشرط، ما لم يكن هذا الشرط هو الدافع إلى التبرع فتبطل الهبة كلها. وكذلك العقد الذى يتضمن شرط الدفع بالذهب، فإن هذا الشرط يقع باطلاً ما لم يتبين أن هذا الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد كله. وبالمثل إذا وقع المتعاقد فى غلط فى أحد الأشياء المبيعة، فيبطل البيع فى خصوص هذا الشىء فقط، ما لم يتبين أن الصفة غير قابلة للتجزئة ، فيكون العقد كله قابلاً للإبطال [1] . وعلى ضوء ذلك يمكننا أن نستخلص شروط انتقاص العقد .

٢ - شروط انتقاص العقد :

يتبين مما سبق أن يشترط لانتقاص العقد توافر شرطين :

أولا : أن يكون العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال فى جزء منه فقط . فمقتضى الانتقاص أن الشق الباطل وحده هو الذى يبطل، ويبقى العقد فى شقه الصحيح، وعلى ذلك فإذا كان العقد باطلاً بأكمله فلا ينتقص العقد بل يتحول إلى عقد آخر إذا توافرت شروط التحول كما سوف نرى .

ثانياً : أن يكون العقد قابلاً للانقسام . ومقتضى هذا الشرط أنه إذا لم يكن العقد قابلاً للانقسام فإنه يترتب على بطلان جزء منه بطلان العقد بأكمله . ويقوم هذا الشرط على تفسير إرادة المتعاقدين على أساس أنه إذا تبين أن إرادة المتعاقدين ما كانت تتجه إلى إبرام هذا العقد دون الجزء الذى وقع باطلاً فإن هذا يؤدى إلى

(١) عبدالمنعم البدراوى ، المرجع السابق ، فقرة ٢٧٩ ، ص ٣٦٤.

بطلان العقد بأكمله [1]. وفى هذا الفرض الأخير يكون هناك مجال لتحول العقد إلى عقد آخر إذا توافرت شروطه .

ثانيا : البطلان الجزئى :

ونقف هنا على تحديد المقصود بالبطلان الجزئى وتحديد نطاقه ، ثم نعرض بعد ذلك للتفرقة بينه وبين انتقاص العقد .

١ - تحديد المقصود بالبطلان الجزئى وتحديد نطاقه :

ويقصد بالبطلان الجزئى هو بطلان شرط أو بعض الشروط ، المخالفة لقواعد قانونية متعلقة بالنظام العام التوجيهى، بقوة القانون دون النظر إلى ما كانت ستتجه إليه إرادة المتعاقدين .

والغرض من هذا النظام هو تحقيق الحماية لأحد الأطراف بالابقاء على العقد رغم مخالفته فى جزء منه لقواعد متعلقة بالنظام العام وذلك حتى لا يقع الضرر على الطرف المراد حمايته إذا حكم ببطلان العقد بأكمله. والمجال المختار لعمل البطلان الجزئى هو العقود ذات الأهمية الاقتصادية أو الاجتماعية لأحد المتعاقدين، مثل عقد العمل، وعقد الإيجار .

فالبطلان الجزئى وسيلة من الوسائل القانونية التى تهدف إلى تحقيق نوع من استقرار الروابط العقدية فى العقود ذات الأهمية الحيوية لأحد أطرافها [1]. وحيث إن الحكم ببطلان العقد بأكمله يترتب عليه تفويت الحماية لا تكريس هذه الحماية .

والبطلان الجزئى يقع بقوة القانون دون النظر إلى ما كانت ستتجه إليه إرادة

---

(١) نقض ١٩٦٨/٥/١٦ س ١٩ ص ٩٥٤، ١٩٧٣/٤/٢٠ س ٢٤ ص ٦٤٩، ١٩٨١/٢/١ ، س ٣٢ ص ٤٧٣ لكن إذا لم يقدم من يدعى البطلان الدليل على أن الشق الباطل أو القابل للإبطال لا ينفصل عن جملة التعاقد يظل ما بقى من العقد صحيحا باعتباره عقداً مستقلاً ويقتصر البطلان على الشق الباطل وحده ، انظر فى ذلك نقض ١٩٨٣/٣/٢٠ الطعن ١٥٧٧ لسنة ٤٦ ق.

(٢) انظر رسالتنا فى الوقف فى تنفيذ العقد باعتباره أيضاً وسيلة من وسائل تحقيق الاستقرار فى الروابط العقدية.

SAAD AWAD Nabil, La suspension dans L'exécution du contrat. Thèse Dijon, 1980.

المتعاقدين . حيث إن الشرط او الشروط التى تقع باطلة بقوة القانون تكون مخالفة لقواعد قانونية متعلقة بالنظام العام التوجيهى .

٢ - التمييز بين البطلان الجزئى وانتقاص العقد :

نحن نرى أن هناك فارقا واضحا بين انتقاص العقد والبطلان الجزئى وذلك للأسباب الآتية :

أولاً : أن حكم انتقاص لا يتم إلا إذا تبين أنه ليس لدى المتعاقدين مانع من الإبقاء على الجزء الصحيح من العقد دون الجزء الباطل . أما إذا تبين أن إرادة المتعاقدين ما كانت تتجه إلى إبرام هذا العقد دون الشق الذى وقع باطلاً، فإن العقد يقع باطلاً بأكمله . بينما البطلان الجزئى يقع بقوة القانون دون النظر إلى ما كانت ستتجه إلى إرادة المتعاقدين .

ثانيا : إن حالات البطلان الجزئى تتعلق بالنظام العام التوجيهى، حيث إنه فى هذه الحالات يكون هناك شرط فى العقد مخالف لقاعدة قانونية متعلقة بالنظام العام، أى الذى يقوم على حماية أحد المتعاقدين لاعتبارات اقتصادية أو إجتماعية أراد المشرع بها السيادة فى العلاقة بين الطرفين، فإن لم يكن هناك بطلان جزئى لفاتت الحماية المقررة ووقع الضرر على الطرف الذى يريد القانون حمايته [(١)]. فمثلاً إذا تضمن عقد عمل شرطاً مخالفاً لقواعد قانونية متعلقة بالنظام العام، كالاتفاق على أجر أقل من الحد الأدنى للأجور أو على ساعات عمل تزيد عمّا هو مقرر قانوناً، فإنه لو تم إبطال عقد العمل بأكمله لوقع الضرر كله على الطرف المراد حمايته، وهو العامل. وإذا لجأنا إلى فكرة انتقاص العقد لتخلف أهم شروطها وهو الا يتبين أن العقد ما كان يتم دون الشرط الباطل، لأن فى مثل هذه الحالة نجد أن صاحب العمل ما كان يتعاقد مع العامل دون هذه الشروط، فيمتنع بالتالى تطبيق انتقاص

(١) فى تطبيق حديث لهذه النظرية جاء قانون ١ يناير ١٩٩٥ فى فرنسا ليقرر اعتبار الشروط التعسفية بأنها غير مكتوبة.

"Les clauses abusives sont réputées non écrites"

فالأمر إذن يتعلق بحالة من حالات البطلان الجزئى حيث أن هذه الشروط تبطل ويبقي العقد صحيحا قائما أنظر . Chr. Larroumet, op.cit, no 439, p. 414.

العقد ويقع العقد باطلاً بأكمله. والسبيل الوحيد فى مثل هذه الأحوال لا يكون إلا عن طريق البطلان الجزئى وهو أن يقع الشرط المخالف لقاعدة قانونية من النظام العام، باطلاً بطلاناً مطلقاً مع بقاء العقد .

وعلى ذلك إذا اتفق فى عقد القرض على فوائد تزيد على الحد المقرر قانوناً، فإنه يقع الشرط باطلاً ويحل محله الحد المقرر قانونا، وبالمثل اذا اتفق فى عقد ايجار الاراضى الزراعية على أجرة تزيد على الحد الأقصى المقرر قانوناً يقع هذا الشرط باطلاً وتقدر الأجرة وفقا للقاعدة القانونية المقررة فى هذا الصدد . والحكم نفسه بالنسبة لعقد إيجار المساكن وكذلك الأمر بالنسبة لعقد العمل كما سبق القول.

ففى كل هذه الأمثلة لم يقع انقاص للفوائد أو الأجرة كما يذهب إلى ذلك الفقه. وإنما فى حقيقة الأمر الشرط باطل بطلاناً مطلقاً لمخالفته لقاعدة من النظام العام ويحل محل هذا الشرط التقدير القانونى الوارد فى القاعدة فهنا يوجد نوع من الإحلال الآلى للشروط الباطلة بشروط صحيحة متفقة مع نصوص القانون وليس مجرد إنقاص . ويلاحظ أنه إذا كان هناك تعديل فى العقد قد تم على أثر البطلان الجزئى . فإن هذا التعديل لم يكن مقصوداً لذاته وإنما كان أثراً ونتيجة للبطلان الجزئى ، فلولا البطلان الجزئى ما كان التعديل . ولذلك الأقرب للمنطق القانونى هو تسمية النظام بسببه ومصدره لا بأثره [1] .

٣ – نظرية محكمة النقض فى تصحيح البطلان أو تصحيح العقد الباطل وتقييمها:

وقد أقر المشرع نظرية البطلان الجزئى حديثا فى نص المادة ٢٥ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ والذى ينص على أنه «**يقع باطلا بطلانا مطلقا كل شرط أو تعاقد يتم بالمخالفة لأحكام هذا القانون أو القوانين السابقة له المنظمة للعلاقة بين المالك والمستأجرة ، وفضلا عن الحكم بالغرامة المنصوص عليها فى هذه القوانين تقضى المحكمة المختصة بإبطال التصرف المخالف واعتباره كأنه لم**

(١) قارن جلال العدوى ، أصول المعاملات ، ص ١٨٤، ١٨٥ حيث أنه يرى فى الانتقاص تعديل للعقد .

يكن ورد الحالة إلى ما يتفق مع أحكام القانون مع الزام المخالف بالتعويض إن كان له مقتض».

لكن هل هذا النص في خصوص بطلان الاتفاق المخالف يعتبر تطبيقا للقواعد العامة أم أنه نص خاص يتضمن حكما خاصا يجب إعماله ولو على غير مقتضى القواعد العامة ؟؟

أجابت محكمة النقض في حكم هام لها صادر في ١٩٩٤/٤/١٤ (الطعن رقم ٧٤٤٨ لسنة ٦٣ ق) «بأن المشرع قد وضع في هذه المادة نوعا من الجزاء المدني لرد المخالفين إلى صوابهم ولا محل للتمسك بأحكام القواعد العامة في تلك المسألة لأن النص الخاص هو الواجب التطبيق إذا ما تعارض مع النص العام ولما كان ما أورده المشرع في المادة **هو تطبيق لنظرية تصحيح البطلان** ومن ثم لا محل للتحدى في هذا الشأن بأحكام المادة ١٤٢ من القانون المدني التي تقضي برد المتعاقدين إلي حالة ما قبل العقد أو المادة ١٤٤ من القانون المدني التي تأخذ بنظرية تحول العقد، وبديهي أن نظرية تصحيح العقد الباطل تؤدي إلى التطبيق الصحيح لأحكام قوانين إيجار الأماكن، والقول بتطبيق القواعد العامة عند مخالفة الحظر الوارد في المادة ١/٤٨ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ يؤدي إلى عودة العين المؤجرة مرة أخرى للمالك أو المستأجر الأجنبي المخالف، وقد يعاود مخالفته المرة تلو الأخرى بلا رادع أو أي جزاء مدني وخاصة أن المشرع لم يجرم مخالفة هذا الحظر . ومن ثم تصبح المادة ١/٤٨ مجرد لغو وأصبح نصها معطلا كما يهدر الحكمة التي توخاها المشرع بتوفير المساكن الخالية لطالبي السكن ويسمح بالمضاربة على هذا النشاط – التأجير المفروش – لصالح المالك أو المستأجر الأجنبي ويرجح مصلحتهما الفردية على المصلحة العامة ولا يسوغ القول بأن ذلك يتفق مع إرادة المشرع والحكمة من التشريع ، وتطبيقا لما تقدم فإن المستأجر لعين مفروشة من مالك أجنبي يحق له التمسك بتصحيح العقد الباطل إعمالا لحكم المادة ٢٥ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ لتعلقها بالنظام العام، ويحق له أيضا التمسك بالقاعدة التي وضعتها محكمة النقض من قبل من اعتباره من طالبي استئجار المكان خاليا إذ أن التأجير المفروش الصادر من المالك الأجنبي قد وقع باطلا بطلانا مطلقاً وهذه قاعدة متعلقة بالنظام العام ويحق لكل ذي مصلحة

التسمك به» .

ونحن نرى أن المحكمة بتفسيرها هذا قد أجهدت النصوص وحملتها بأكثر مما تحتمل . وكان الأمر يتقضى ببساطة قراءة متمعنة لنص المادة ٢٥ السابق الاشارة إليه والذى يقضى صراحة بما يلى :

«... تقضى المحكمة المختصة بابطال التصرف المخالف واعتباره كأنه لم يكن وبرد الحالة إلى ما يتفق مع أحكام القانون مع الزام المخالف بالتعويض إن كان له مقتض».

حيث يمكن الوصول إلى نفس النتائج التى انتهت إليها محكمة النقض بتطبيق هذا النص بحرفيته ودون إصطدام مع القواعد العامة ودون اصطناع نظرية جديدة قد تؤدى إلى نتائج شاذة كما سنرى فيما بعد .

ففى نظرنا أن الأمر ببساطة يتعلق ببطلان مطلق لعقد الايجار المفروش الصادر من مالك أجنبى يستطيع أن يتمسك به كل ذى مصلحة ، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها لمخالفته ذلك لنص يتعلق بالنظام العام .

وبناء عليه يجوز لمستأجر العين مفروشة من مالك أجنبى أن يتمسك بهذا البطلان لأنه صاحب مصلحة واضحة فى ذلك ، حيث يمكن أن يستأجر المكان خاليا بكل ما يترتب على ذلك من آثار بدلا من تأجيره مفروشا مع كل ما يترتب على ذلك من آثار ، كما أن له أن يطلب تعويضا عما أصابه من ضرر من جراء مخالفة المالك الأجنبى للقانون . فى هذه الحالة المحكمة تجيبه إلى طلبه بالحكم بالبطلان وباعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد طبقا للقواعد العامة، ثم تحكم له بالتعويض - إن كان له مقتض - وخير تعويض فى هذه الحالة هو التعويض العينى والذى يتمثل فى تأجير المكان له خاليا وبذلك تكون المحكمة أزالت المخالفة ونفذت القانون تنفيذا مباشرا فى نفس الوقت .

وهذا التفسير الصحيح للنص سيجنبنا النتائج الشاذة التى يمكن أن تترتب على تطبيق «نظرية تصحيح العقد الباطل» التى تقول بها محكمة النقض . فمثلا إذا كان الذى قام بالتأجير مفروشا هو مستأجر أجنبى وليس مالكا فان مقتضى تطبيق هذه النظرية سيؤدى إلى الحكم ببطلان عقد الايجار المفروش وتأجير العين خالية

للمستأجر مما سيفتح باب التحايل على القانون على مصراعية حيث يستطيع المستأجر الاجنبى للعين المؤجرة خالية - سواء من مصرى أو من أجنبى - عندما يشعر بقرب انتهاء اقامته أن يلجأ إلى الاتفاق مع من يستأجرها منه مفروشة ليفوت على مالكها حق استردادها عند انتهاء إقامته وتمكين المستأجر الجديد من طلب استئجارها خالية قبل المالك الذى لم يرتكب أي مخالفة عندما أجر العين خالية إلى مستأجر أجنبى وهو فى اعتباره الطابع المؤقت لهذا التأجير والذى سينتهى حتما بانتهاء إقامة الأجنبى فى البلاد . بينما طبقا للتفسير الذى نقول به لن يحدث شىء من ذلك حيث أن المحكمة لا تجيب المستأجر الجديد إلى طلبه فى تأجير الشقة خالية لأن ذلك يتم على سبيل التعويض العينى والمحكمة لن تحكم بهذا التعويض إلا اذا كان له مقتض وهو ما لم يتوفر فى هذه الحالة . وبالمثل يستطيع الأجنبى - الذى تستمر إقامته فى البلاد - الاستفادة من هذه النظرية ليتحايل على القانون بأن يتنازل عن عقد إيجاره بمقابل كبير إلى شخص آخر مما سيؤدى تطبيقا لهذه النظرية إلى بطلان تنازله والحكم على الأجنبى بالاخلاء وتأجير العين خالية من مالكها إلى المتنازل له دون أدنى مخالفة للقانون من جانب هذا المالك [1] . بينما طبقا للتفسير الذى نقول به لن يحدث شىء من ذلك لأن المحكمة ستقتصر على الحكم ببطلان التنازل وإعتبارها كأن لم يكن وبرد الحالة إلى ما يتفق مع أحكام القانون دون أن تستجيب لطلب المتنازل له بالتعويض العينى - أى تأجير المكان له خاليا - لعدم توفر المقتضى طبقا لنص المادة ٢٥ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ ذاته .

ثالثا : تحول العقد :

القاعدة أنه «إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذى توافرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد» . (م١٤٤ مدنى مصرى تطابقها م ١٤٥ سورى وتعادلها ١٤ عراقى) .

وعلى ضوء هذه القاعدة يجب أن ندرس المقصود بتحول العقد وتحديد نطاقه، ثم نعرض بعد ذلك لشروطه .

---

(١) فى نفس هدا المعنى محمد خيرى أبو الليل ، جـ ١ ، ص ١٠٧٧ .

١ - المقصود بتحول العقد وتحديد نطاقه :

ومقتضى تحول العقد أن التصرف الباطل قد يتضمن رغم بطلانه عناصر تصرف آخر صحيح، فيتحول التصرف المقصود أصلا، وهو التصرف الباطل، إلى التصرف الذى توافرت عناصره وهو التصرف الصحيح، إذا تبين أن إرادة المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد الصحيح . فإذا لم تتجل هذه الإرادة على ذلك النحو فإنه لا يتم التحول ويبطل العقد الأصلى ويزول.

وعلى ذلك فتحول العقد يحد من نظرية البطلان . ففى الحقيقة أن الطرفين لم يقصدا - بصفة أساسية - التصرف الذى توافرت أركانه ولكن إرادتهما المحتملة تتجه إليه لو علماً بأن المقصود أصلاً تصرف معيب .

ومن مثلة التحول الكمبيالة التى لا يتوافر لها الشكل القانونى فتتحول من كمبيالة باطلة إلى سند دين عادى وصحيح . وكذلك الحال بالنسبة للسند الإذنى.

وكذلك عقد القسمة إذا كان باطلاً يتحول إلى قسمة مهايأة (أى قسمة انتفاع)، فيبقي الشركاء فى الشيوع بسبب بطلان القسمة ، ولكن يتحول العقد إلى عقد أدنى من قسمة الملك هو قسمة المهايأة، أى قسمة الانتفاع. وكالبيع بثمن تافه يبطل كبيع لانعدام ركن الثمن ولكنه يتحول إلى هبة صحيحة متى استوفت الشكل الرسمى [١].

وكذلك إذا لم يكتسب المحرر صفة الرسمية ، فلا يكون له إلا قيمة المحرر العرفى متى كان ذوو الشأن قد وقعوه بإمضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم [٢].

٢ - شروط تحول العقد :

وعلى ضوء ما سبق نستطيع أن نخلص إلى أنه يجب أن تتوافر شروط ثلاثةحتى يتم التحول : ١ - بطلان التصرف الأصلى . ٢- وجوب أن يتضمن التصرف الباطل جميع عناصر عقد آخر . ٣ - انصراف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى العقد

---

(١) عبدالمنعم البدرواوى ، المرجع السابق ، فقرة ٢٨٠ ص ٣٦٥ .

(٢) انظر مادة ١٠ قانون الإثبات المصرى .

الصحيح، لنعرض باختصار لكل من هذه الشروط .

أ – بطلان التصرف الأصلى : يجب أن يكون العقد الاصلى باطلاً أو قابلاً للإبطال وحكم بإبطاله لأنه بطبيعة الحال لو كان العقد صحيحاً فلا يتم التحول ولو تضمن أركان عقد آخر كان المتعاقدان يفضلانه عليه. فالهبة الصحيحة لا تتحول إلى وصية ولو تبين أن المتعاقدين كانا يفضلان الوصية على الهبة (١). كما أنه يجب أن يكون العقد الأصلى باطلاً بأكمله لأنه لو اقتصر على البطلان فى شق منه وكان العقد يتم بدون هذا الشق الباطل فإن العقد لا يتحول بل ينتقص .

ب – وجوب أن يتضمن التصرف الباطل جميع عناصر التصرف الآخر. فإذا لم يتحقق هذا الشرط فإن العقد لا يقبل التحول . كما أنه إذا كان العقد الباطل متضمناً لبعض عناصر التصرف الآخر فإنه لا يجوز إضافة العناصر المختلفة لكى ينعقد العقد (٢)، بل يمتنع التحول فى هذه الحالة .

جـ – انصراف ارادة المتعاقدين المحتملة إلى العقد الصحيح . هذا الشرط هو الذى يحدد نطاق التحول، حيث إن تحول العقد يقع فى إطار ارادة المتعاقدين (٣). ومعنى هذا الشرط أنه إذا كانت الإرادة الحقيقية للمتعاقدين انصرفت إلى العقد الأصلى الباطل إلا أنهما لو علما ببطلان هذا العقد لانصرفت ارادتهما إلى العقد الجديد الصحيح. لكن لو تبين العكس ما تم التحول. فالتحول يقع فى نطاق تفسير إرادة المتعاقدين . وتعرف هذه النية من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع ولا معقب عليه فى ذلك متى أقام رأيه على أسباب تسوغه (٤) .

---

(١) السنهورى ، المرجع السابق ، جزء ١ فقرة ٣٠٧ ص ٥٤٨.
(٢) نقض ١٩٧٠/١/٢٩ س ٢١ ص ٢١٣.
(٣) نقض ١٩٦٨/١١/٢٨ س ١٩ ص ١٤٢٠.
(٤) نقض ١٩٨٣/١١/٢٤ س ٣٤ ص ١٦٦٤ .

الباب الثالث
آثار العقد

إذا نشأ العقد صحيحاً، فقد خلصت له قوته الملزمة، ووجب على المتعاقدين تنفيذ ما التزما به ، كما أنه لا يجوز لهما التحلل منه بالإرادة المنفردة، إلا في الحالات وطبقا للأوضاع التي ينظمها القانون. والعقد ملزم لأطرافه، فالمتعاقدان دون غيرهما هما اللذان يلتزمان بالعقد .

وعلى ذلك ، فدراسة آثار العقد تتعلق بمعرفة ما يتضمنه من حيث الموضوع، وذلك آثاره من حيث الأشخاص.



الفصل الأول
أثر العقد من حيث الموضوع

القوة الملزمة للعقد : إذا نشأ العقد صحيحا، التزم الطرفان بما يترتب عليه من اثار، فالمتعاقد لا يلتزم إلا بما ورد فى العقد من التزامات دون غيرها. كما أنه لا يستطيع أى منهما التحلل من تلك الرابطة العقدية بإرادته المنفردة، إذا العقد شريعة المتعاقدين . وأنه يتعين تنفيذ ما يرتبه العقد من التزامات طبقاً لما يقضى به حسن النية فى المعاملات ، وإلا كان مسؤولاً .

وعلى ذلك فإن دراسة أثر العقد من حيث الموضوع تقتضى منا التعرض لدراسة مدى القوة الملزمة للعقد، ثم لجزاء القوة الملزمة للعقد .

المبحث الأول
مدى القوة الملزمة للعقد

ولمعرفة مدة القوة الملزمة للعقد، فإنه يتعين تحديد مضمون الرابطة العقدية، وعلى ذلك فيجب أن نتعرض لتفسير العقد حتى يمكن تحديد الالتزامات الناشئة عن العقد ليتسنى تطبيقه، كما يلزم تحديد نطاق العقد ، وأخيراً ضرورة إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد بما اشتمل عليه .

المطلب الأول
تحديد مضمون الرابطة العقدية

وسبيلنا فى تحديد مضمون هذه الرابطة هو تفسير العقد وتكييفه وتحديد نطاقه .

أولاً تفسير العقد وتكييفه

هنا سنعرض لتفسير العقد وتكييفه لوضع الحدود الفاصلة بينهما لتحدد مدى سلطة قاضي الموضوع ومحكمة النقض إزاء كل منهما

أ - تفسير العقد

المقصود بتفسير العقد وبيان حالاته [(١)] :

يهدف التفسير إلى تحديد معنى النصوص الواردة في العقد وبيان مدلولها فتفسير العقد هو تحديد ما انصرفت إليه الإرادة المشتركة للعاقدين [(٢)]، وذلك لتحديد مضمون العقد والوقوف على الالتزامات التي يولدها، لكي يتسنى تطبيقه.

أما حالات التفسير فهي لا تعدو أن تكون ثلاث حالات : الحالة الأولى : أن تكون عبارة العقد واضحة، الحالة الثانية : أن تكون عبارة العقد غامضة ، الحالة الثالثة: حالة الشك في التعرف على إرادة المتعاقدين .

١ - حالة وضوح عبارة العقد :

إذا كانت عبارة العقد واضحة ومعبرة بدقة عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، فإنه لا يجوز للقاضي الانحراف عنها عن طريق تفسيرها (م ١/١٥٠ مدني مصري) فالعبارة الواضحة لا تحتاج إلى تفسير، طالما أن معناها الظاهر لا يختلف عمّا قصده العاقدان منها . وما تقضي به هذه المادة يعد من القواعد التي وضعها المشرع على سبيل الالزام وينطوي الخروج عنها على مخالفة للقانون ويخضع بهذه المثابة لرقابة محكمة النقض [(٣)] .

---

(١) انظر رسالة عبدالحكم فوده، تفسير العقد ، الاسكندرية ، ١٩٨٣م، وهو يعطي للتفسير معنى واسعاً فضفاضاً يتجاوز كثيراً حدود التفسير بالمعنى الفني الدقيق، ليشمل أنظمة قانونية أخرى مستقلة عن التفسير تماماً

(٢) انظر إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام ١٩٦٨م، فقره ١٥٢ ص ٣٠٤ عبدالمنعم البدراوي ، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام ١٩٧٧م، فقره ٢٩١ ص ٢٨٢، توفيق فرج، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول في مصادر الالتزام، ١٩٧٨م فقره ٢٠١ ص ٢٥٧

(٣) نقض ١٩٨٣/١/١٨ الطعن ٩١٢ لسنة ٤٩ ق ، ١٩٨٤/٦/١٤ س ٣٥ ص ١٦٢٧

ومع ذلك فقد يستعمل المتعاقدان عبارة واضحه في ذاتها إلا أنها لا تعبر عن حقيقة قصدهما عندئذ يجب العدول عن المعنى الواضح أو الظاهر الذى تفيده العبارة إلى المعنى الذى قصده المتعاقدان بها ويتعين عن القاضى فى مثل هذه الحالة أن يبين فى أسباب حكمه الظروف التى أدت به إلى استبعاد المعنى الواضح والظاهر واعتباره غير متفق وقصد المتعاقدين [1]، وكيف توصل إلى استخلاص المعنى الذى اقتنع به على أنه هو الذى قصداه ويخضع القاضى فى هذا التسبيب لرقابة محكمة النقض [2]

٢ - حالة غموض عبارة العقد أو التباسها .

قد تكون العبارة التى يستعملها المتعاقدان غير واضحة بأن يشوبها غموض لا يجعل معناها يبين لأول وهلة أو يشوبها إيهام يجعلها تحتمل أكثر من معنى ففى هذه الحالة تظهر الحاجة إلى التفسير حتى يمكن تحدد نطاق العقد وما يتولد عنه من التزامات . ويقوم القاضى بهذا الدور لكى يتوصل إلى ما قصده الطرفان، أى الكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين (م -٢/١٥٠ مدنى مصرى) وللكشف عن قصد المتعاقدين أو التعرف على حقيقة المقصود من عبارات العقد الغامضة يستعين القاضى ببعض الوسائل . وهذه الوسائل إما أن تكون بالرجوع إلى العقد ذاته، هذه هى الوسائل الداخلية، وإما بالإستعانة بعوامل خارجية عن العقد، وهذه هى الوسائل الخارجية .

والوسائل الداخلية التى يرجع إليها القاضى للكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين تنصبّ على العقد ذاته بما يتضمن من بنود وعبارات ويمكن تلخيصها فيما يلى :

---

(١) نقض ١٩٩٢/٢/٢٠ الطعن ١٠٣٩ لسنة ٥١ ق فان لم يفعل ذلك فان حكمه يكون معيبا بما يستوجب نقضه ١٩٦٤/٥/٧ س ١٥ ص ٦٥١

(٢) أسماعيل غانم، المرجع السابق ، فقرة ١٥٢ ص ٣٠٤ ، عبدالمنعم البدراوى ، المرجع السابق، فقرة ٢٩٢ ص ٣٨٤، السنهورى ، المرجع البق ، فقرة ٢٥٨ ص ٢٣٠ ، ٢٣١، جلال على العدوى، مبادىء الالتزامات ، الجزء الأول، مصادر الالتزام ، ص ١٧٣ ، توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ٢٠٣ ص ٢٥٩.

– إن العبرة بالمقاصد والمعانى وليست بالألفاظ والمبانى، ومعنى هذا أن القاضى لا يجور له أن يقف عند المعنى الحر فى للألفاظ المستعملة. وخاصة وأنه فى الأعم الأغلب من الحالات لا يكون المتعاقدان على دراية بالمصطلحات والألفاظ القانونية الدقيقة فتكون مهمة القاضى هى الكشف عن المقاصد والمعانى الحقيقية التى اتجهت إليها إرادة المتعاقدين المشتركة دورن الوقوف أو التقيد بالألفاظ والعبارات المستعملة فى حرفيتها .

– إعمال الكلام خير من إهماله، وعلى ذلك فإذا كانت عبارة العقد تحتمل أكثر من معنى، فإنها تحمل على المعنى الذى يجعلها تنتج أثراً قانونيا [١] .

– إن بنود العقد يفسر بعضها بعضا، فلا يجوز عزل العبارة الواحدة عن بقية عبارات العقد، بل يجب تفسيرها باعتبارها جزءا من كل هو العقد[٢] .

– تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها حتماً تنفرد بالحكم . فإذا تضمن العقد نصاً على حالة لتوضيح الالتزام، فإن هذا لا يعنى بالحتم قصر العقد على هذه الحالة دون أن يمتد إلى غيرها. وإنما الأمر يتوقف على اتجاه إرادة المتعاقدين المشتركة.

استخلاص القاضى للنية المشتركة للمتعاقدين بالاستعانة بهذه الوسائل الداخلية، هو مسألة موضوعية لا يخضع فيها القاضى لرقابة محكمة النقض، لأن إرادة العاقدين هى من مسائل الواقع لا من مسائل القانون [٣] .

فإذا تعذر على القاضى بالرغم من الالتجاء إلى هذه الوسائل الداخلية أن يهتدى إلى معنى يرجحه للعبارة الغامضة وجب عليه عندئذ الاستعانة ببعض الوسائل الخارجية.

---

(١) انظر فى طرق التفسير فى فرنسا

Jean Carbonnier. Droit civil. t. 4. les obligations. 1979 n.66. p. 238
Gérard Farjat. Droit privé de l'économie. 2. Théorie des obligatins. 1975. 313.

(٢) انظر فى تطبيق ذلك نقض مدنى ٣٠ نوفمبر ١٩٦٧م مجموعة أحكام النقض، السنة ١٨ ق.جـ ٤ رقم ٢٧٠ ص ١٧٧٩، ١٩٧٨/١٢/٢٧ س ٢٩ ص ٢٠٥٣، ١٩٨٤/١١/٢٦ س ٣٥ ص ١٩٢٠

(٣) إسماعيل غانم ، المرجع السابق ، فقرة ١٥٢ ص ٣٠٦

ومن العوامل الخارجية فى تفسير العقد العرف الجارى فى التعامل، فإذا كانت عبارات العقد وبنوده مبهمة وجب تفسيرها على ضوء هذا العرف. ومن هذه العوامل أيضاً الطريقة التى ينفذ بها المتعاقدان العقد، إذا كان قد بدأ فى تنفيذه [1].

٣ - حالة الشك فى التعرف على إرادة المتعاقدين :

إن كان هناك شك فى التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين، بأن يتراوح معنى العبارة الغامضة بين وجوه متعددة كل وجه منها محتمل ولا ترجيح لوجه على آخر، فإن القاعدة فى هذا الصدد أن الشك يفسر فى مصلحة المدين . (م ١/١٥١ مدنى مصرى). وتطبيق هذه القاعدة مشروط بأن يكون هناك شك يتعذر جلاؤه. فإذا مكن القاضى أن يكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين ، فلم يكن هناك شك حول مقصدهما، فإنه يتعين الأخذ بما قصداه، ولو كان ذلك فى غير مصلحة المدين.

كما يستثنى من هذه القاعدة ، عقود الإذعان ، التى يفسر الشك فيها دائماً لمصلحة الطرف المذعن ، ولو كان هو الدائن (م ٢/١٥١ مدنى).

ب - تكييف العقد :

نقطة البداية : القواعد العامة والقواعد الخاصة [2]:

على مستوى التنظيم القانونى نجد إن قانون العقود المسماة يقع بين النظرية العامة للالتزامات وما يبرمه الأفراد بملء إرادتهم من عقود طبقا لمبدأ الرضائية .

فالنظرية العامة للالتزامات تنظم القواعد العامة الحاكمة لأى عقد من العقود أيا كان مسماة وأيا كان وصفه ، ويقوم الأفراد بإبرام ما يشاؤون من عقود فى خضم

---

(١) السنهورى ، الوجيز ، المرجع السابق ، فقرة ٢٦١ ص ٢٣٤.

(٢) انظر فى العلاقة بينهما :

- J. Huet, Traité de droit civil, sous la direction de J. Ghestin, Les principaux. contrats spéciaux, L.G.D.J. 1996, no 6 p. 10.

الحياة اليومية لتلبية الحاجات المتجددة دون مراعاة للصيغ أو المصطلحات أو التنظيمات القانونية الخاصة .

بعض أنواع هذه العقود قد خصها المشرع بقواعد خاصة، ولهذا السبب يطلق عليها الفقه الفرنسى غالبا اسم العقود الخاصة Les contrats spéciaux هذا العقود الخاصة هى التى ترادف العقود المسماة les contrats nommés حيث إن المشرع قد قام بتنظيمها وإعطائها اسم معين (كعقد البيع، والايجار، والقرض، والوكالة، والوديعة، والعارية ، والتأمين ... الخ) [1] ويتضمن قانون العقود المسماة قواعد قانونية أكثر تفصيلا وأكثر واقعية بالمقارنة إلى النظرية العامة للعقد . فهذا القانون يبين العناصر الجوهرية المكونة لأى عقد من العقود المسماة . فهو يبين الإطار العام لكل عقد من العقود المسماة مما يسمح للأطراف تشخيصه بسهولة، وكذلك تطويعه للغاية التى يسعون إليها.

وعلى ذلك فالعقد المسمى ليس هو العقد الفردى، فلا يمكن أن يوجد بيعان متطابقان تماما، إذ سيقوم الطرفان على الأقل فى كل عقد بتحديد الشىء المباع والثمن. فالقانون لا يعنى بتحديد محتوى كل عقد وإنما يترك ذلك عادة لإرادة الأفراد.

نخلص من كل ما تقدم أن قانون العقود يشتمل على ثلاث تنظيمات متتابعة تنطلق من العمومية إلى الخصوصية : النظرية العامة للعقد ، القواعد الخاصة بالعقود المسماة، والتى تنظم كل عقد على حدة، العقد الفردى الذى يتحدد محتواه بإرادة أطرافه وهذا العقد قد يطابق فى عناصره الجوهرية لعقد من العقود المسماة وقد لا يطابق أى منها . وهذا يثير مشكلة العقود غير المسماة بالمقابلة للعقود المسماة .

هذه المقابلة بين القواعد العامة والقواعد الخاصة ، والعقود المسماة، والعقود غير المسماة تثير مشكلة فنية وقانونية هى مشكلة التكييف [2] ، فمشكلة التكييف تعنى

---

(١) - F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, contrats civils et commerciaux, 2e éd. Pércis Dalloz, 1993, 1102, p. 3.

(٢) انظر فى الجدول المتضمن لمجموعات العقود

A. Bénabent, Droit civil, les contrats spéciaux, 2e éd 1995, no. s p.5. p. 8.9.

بتحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على العقد الذى أبرمه الأطراف إلى جانب النظرية العامة للعقد [1] .

ولدراسة مشكلة تكييف العقد سنعرض أولاً للعلاقة بين التكييف والتفسير، ثم نبين كيف تعرض مشكلة التكييف، وأخيراً نحدد كيف تواجه مشكلة التكييف؟ ولنر ذلك بشيء من التفصيل فى الفقرات التالية :

١ - التكييف والتفسير :

فالتكييف مسألة تثار دائما عند تطبيق أى قاعدة قانونية . ويرجع ذلك إلى أن القانون يتكون من مجموعة محدودة من القواعد بينما وقائع الحياة متنوعة وغير محدودة . فعند تطبيق القانون على الواقع فإن ذلك يستلزم دائماً تكييف هذا الواقع، بمعنى تحديد الطائفة القانونية التى ينتمى إليها هذا الواقع تمهيداً لتطبيق القواعد القانونية التى تحكم هذه الطائفة عليه .

ففى مجال العقود مثلاً نجد أنه على المستوى التنظيمى يوجد لدينا القواعد العامة فى نظرية الالتزامات، والقواعد الخاصة فى قانون العقود المسماة، أما على المستوى العملى نجد أن الأفراد يبرمون ما يشاؤون من عقود وفقاً لما يلبى حاجاتهم ورغباتهم دون مراعاة للصيغ أو المصطلحات أو التنظيمات القانونية الخاصة. والأصل أن هذه الاتفاقات تبرم وتنفذ دون أن تثير مشاكل ما . أما عندما يثور الخلاف حول تنفيذ هذا الاتفاق المبرم بين الأطراف ويطرح الأمر على القضاء فإنه يجب على القاضى أن يقوم بصفة أولية بعملية قانونية وفنية تتمثل فى توصيف وتصنيف الاتفاق

---

(١) قد كان المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى يورد نصاً خاصاً بهذا الحكم هو نص المادة ١٢٧ والذى ينص على أن «١ - تسرى على العقود المسماة منها وغير المسماة، القواعد العامة التى يشتمل عليها هذا الفصل» «٢ - أما القواعد التى ينفرد بها بعض العقود المدنية فتقررها الأحكام الواردة فى الفصول المعقودة لها. وتقرر قوانين التجارة القواعد الخاصة بالعقود التجارية» وقد حذف هذا النص لعدم الحاجة إليه . وتنص المادة ٢/١٧٥ موجبات وعقود لبنانى على أن «تطبق القواعد المقررة فى القسم الأول من هذا القانون على العقود المسماة وغير المسماة» . وتنص المادة ٣/١٧٥ على أن «القواعد المذكورة فى القسم الثانى فلا تطبق على العقود غير المسماة إلا من قبيل القياس وبالنظر إلى التناسب بينها وبين العقود المسماة المعينة» .

وفقا لنماذج العقود الواردة فى قانون العقود المسماة [١] فإذا ما تطابقت العناصر الجوهرية للاتفاق الفردى مع أحد النماذج فإن العقد يكون من العقود المسماة ويطبق القاضى عليه القواعد القانونية المنظمة لهذا العقد الى جانب القواعد العامة. أما إذا لم يطابق هذا الاتفاق لأى من النماذج الواردة فى قانون العقود المسماة فإن العقد يكون من العقود غير المسماة ويحاول القاضى جاهداً البحث عن القواعد الملائمة فى النظرية العامة للالتزامات أو فى أقرب عقد مسمى لهذا الاتفاق ليطبق عليه ما يناسبه من القواعد الخاصة بهذا العقد.

ويقوم القاضى بعملية تكييف العقد المطروح أمامه دون التقيد بالوصف الذى أعطاه له المتعاقدان [٢].

على ذلك فإن التكييف يفترض القيام بعمليتين متتاليتين :

الأولى : يحدد بطريقة مجردة العناصر القانونية المميزة لنموذج معين من العقود، كأن يبحث ما يميز عقد البيع مثلاً فيجد ضرورة توافر عنصر الثمن ونقل الملكية، فى عقد العمل عنصر التبعية، فى الهبة نية التبرع ... الخ .

الثانية : يبحث فى العقد الفردى الذى أبرمه الأطراف عن العناصر الواقعية التى تقابل هذه العناصر القانونية المميزة للعقد المسمى [٣] ولذلك يعتبر التكييف

---

(١) قد يتم توصيف وتصنيف هذه النماذج طبقا لإرادة الطرفين ، أو لصفتهما، أو لموضوع العقد، أو لموضوع الإداء المميز للعقد أنظر فى تفصيل ذلك :

F. Collart Dutilleul, Ph. Delehecque, op.cit, no. 2 26, 26p. 25; no2, 28,p. 26-27.

(٢) نقض ١٩٨٦/١٢/١٧ مجموعة أحكام محكمة النقض ، المكتب الفنى، جـ١ س ٣٧ ص ٢١٥، وقد قضت محكمة النقض بأن «المناط فى تكييف العقود هو بما عناه العاقدون منها ولا يعتد بما أطلقوه عليها من أوصاف أو ما ضمنوها من عبارات إذا تبين أن هذه الأوصاف والعبارات تخالف حقيقة التعاقد وما قصده العاقدون» ١٩٨٦/١١/٢٧ ، نفس المجموعة، جـ ٢ س ٣٧ ص ٩١١.

(٣) انظر :

F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, op.cit où il parle de certains critères; critère sociologique, critère économique, et critère juridisue, le plus précis reste le critère juridique.

عملية قانونية يخضع فيها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض[(١)] .

فى بعض الإحيان يلزم للقيام بتكييف عقد من العقود أن يقوم القاضى أولاً بتفسيره، وذلك بالبحث فيما اتجهت إليه فى الواقع إرادة المتعاقدين للمقابلة بينها وبين الوصف القانونى الذى أعطاه المشرع لعقد من العقود. ولمحكمة الموضوع السلطة المطلقة فى تفسير العقود والشروط المختلف عليها بما تراه أوفى بمقصود المتعاقدين واستخلاص ما يمكن استخلاصه[(٢)] متى كان تفسيرها ما تحتمله عباراتها، مع عدم تقيدها بما تفيده عبارة معينة بل بما يفيده العقد فى جملته [(٣)] كل ذلك؛ دون رقابة من محكمة النقض[(٤)] . كما أن من المستقر عليه أن العبرة فى التكييف القانونى بحقيقة التعاقد طبقا للقانون لا بما يصفه به الخصوم [(٥)] .

٢ - كيف تعرض مشكلة التكييف ؟

سبق أن رأينا أن التكييف يعتبر مسألة أولية ضرورية لتطبيق أى قاعدة قانونية، سواء كانت هذه القاعدة آمرة - حيث إنه لا سلطان لإرادة الأفراد حيالها - أو قاعدة مكملة أو مفسرة - فى حالة عدم الاتفاق على خلافها أو استبعادها. وفى غالب الأحوال يتم بسهولة عندما يتضمن الاتفاق العناصر الجوهرية التى تقابل العناصر القانونية المميزة لعقد من العقود المسماة. فمثلاً الاتفاق الذى يتضمن نقل ملكية عقار معين فى مقابل ثمن معين فإنه يقابل بطبيعة الحال عقد بيع عقار.

لكن قد تتعقد الأمور ويجد القاضى أمامه عقداً مركبا أو مجموع من العقود أو

---

(١) نقض ١٩٦٩/٢/٤ س ٢٠ ص ٢٤٧، ١٩٧٢/٣/٩ س ٢٣ ص ٣٧٦، ١٩٨٢/١١/٢٥ الطعن ٢٢٢ لسنة ٤٩ق.

(٢) نقض ١٩٨٦/١/٢ مجموعة أحكام النقض، جـ ١ س ٣٧ ص ٩٠.

(٣) نقض ١٩٨٦/٢/١٧ مجموعة أحكام البعض جـ ١ س ٣٧ ص ٢١١.

نقض ١٩٩٢/٦/٨ الطعن رقم ٤٣٢ لسنة ٥٧ ق، المحاماة، أغسطس ١٩٩٤ القاعدة ١٠٠ ص ١٦٦.

(٤) نقض ١٩٨٦/١١/١٢ المجموعة السابقة س ٣٧ ص ٣٨٦، ١٩٨٦/١١/٢٧ ص ٨٩٦.

(٥) نقض ١٩٦١/١٢/١٢ الطعن ٤٤٦ لسنة ٢٥ ق، س ١٢ ص ٨١٠، ١٩٩٠/٥/٢٩ الطعن ٨٨٢ السنة ٥٧ ق، ١٩٩١/١٢/٢٥ الطعن ٢١١٠ لسنة ٥٣ ق.

سلسلة من العقود أو عقدا مشتركا أو تعاقد من الباطن . فماذا يكون الموقف إذن؟

فقد أصبح من المألوف حالياً أنه فى نفس العلاقة العقدية يتراكب عقدان مختلفان. ولذلك فإن الفقه الحديث يفرق فى هذه الحالة بين ما إذا كان هذا التراكب يكوّن كلاً واحداً أم لا[(١)]؟ فإذا كان يشكلا كلاً واحدا فالأمر يتعلق إذن بعقد مركب Contrat complex ، أما إذا كان غير ذلك فإن الأمر يتعلق بمجموع أو بسلسلة من العقود Groupes ou chaînes de contrats علاوة على ذلك فإن تنفيذ عقد معين قد يستدعى فى الغالب تدخل أكثر من شخص ، ونصادف ذلك فى العقد المشترك أو التعاقد من الباطن .

- **فى العقد المركب :** كما سبق أن رأينا يتداخل أكثر من عقد فى علاقة عقدية واحدة ، بحيث يكون هذا المجموع كلاً واحداً ، أى وحدة متجانسة. ويتمثل العقد المركب فى أحد نموذجين : إما يتعلق الأمر بـ«عقد حدودى» "Contrat frontière" لأنه يقع على الحدود بين عقدين، بحيث يتضمن عقدين مسميين مختلفين، مثال ذلك بيع العلف الأخضر للماشية فهو قريب من عقد البيع وعقد الإيجار بالزرعة[(٢)] . إما يتعلق الأمر بمزيج من عدة عقود مسماة أو غير مسماة مثل ذلك الهبة مع التكليف (فهى مزيج من البيع والهبة)، القسمة بمعدل (مزيج من البيع والقسمة)، البيع الإيجارى (مزيج من البيع والإيجار) عقد بيع عقار تحت الانشاء (مزيج من البيع والمقاولة)، عقد الفندقة (مزيج من الإيجار وذلك بالنسبة للغرفة، وعقد العمل وذلك بالنسبة لعمال الخدمة).

ويمكن أن يكون المزيج بين ثلاث عقود مختلفة ، فالسفر بالسكة الحديد بعربة

---

(١) Ph. Malaurie, L. Aynès, Droit civil, les contrats spéciaux éd. 1955/1996,. cujas no 8 p. 19 et S.

(٢) المعيار الفاصل فى هذه الحالة يكمن فيما إذا كان المتلقى للمحصول لم يستمر فى الاستغلال ولم يستعمل الأرض إلا الوقت اللازم لجنى المحصول فإن الأمر يتعلق ببيع وإذا كان العكس فالأمر يتعلق بإيجار ، انظر:

Civ. 3,11 Juin 1986, Rev. Trim. Dr. civ. 87. III 2e esp. note critique Ph. Remy., cité par Ph. Malaurie, L. Aynès, op.cit, note 67, p. 67.

النوم يعتبر فى نفس الوقت عقد نقل وعقد فندقة وعقد عمل .

وتظهر أهمية التكييف فى هذه الحالة إذا كانت القواعد الخاصة بالعقود المندمجة مختلفة وأن نظامها القانونى متعارض .

ففى القسمة بمعدل نجد أن القواعد الخاصة بعقد القسمة مختلفة تماماً عن القواعد الخاصة بعقد البيع ولذلك فى هذه الحالة يجب أن يحدد القاضى فيما إذا كان العقد عقد قسمة أو عقد بيع. وبالمثل فى حالة الوعد بالبيع مع اشتراط التعويض عن عدم التصرف فى الشىء خلال فترة الوعد نجد أن هناك تنازع بين القواعد الواجبة التطبيق والخاصة بكل عقد من هذه العقود الخاصة المكونة للعقد المركب لأن هذا العقد على الحدود بين العقد الملزم لجانب واحد والعقد الملزم للجانبين.

– بالنسبة للمجموعة من العقود وسلسلة العقود[1]**:** نجد فى المجموعة من العقود أن عدة عقود مختلفة اشتركت فى تحقيق مشروع واحد ولكن دون أن تشكل – من حيث المبدأ – عقداً واحداً. فالأمر يتعلق بتناسق لا باتحاد. فمثلاً شخص يبرم عقد قرض من أجل شراء شىء معين، أو أن شخص يقوم بالاقتراض ومن أجل ذلك يبرم عقد تأمين على الحياة، و أن يقوم بشراء سيارة جديدة فى مقابل أخذ سيارته المستعملة . فى هذه الحالة لا توجد صعوبة فى التكييف، لكن التساؤل الذى يطرح نفسه هو معرفة ما إذا كان هناك انقسام أو عدم قابلية للانقسام بين هذه العقود المشتركة ؟ المبدأ هو أن كل عقد من هذه العقود مستقل عن الآخر ما لم يرد نص تشريعى على خلافه بصفة خاصة التشريعات الحمائية للمستهلكين)[2] أو الاتفاق الذى يؤدى إلى الربط بين هذه العقود .

---

(١) انظر فى ذلك

B.Teyssié, Les groupes de contrats. Thèse Montpellier, L.G.D.J. 1975, Préf. J.M. Mousseron.

(٢) أنظر فى تفصيل، نبيل سعد، نحو قانون خاص بالائتمان منشأة المعارف ١٩٩١ ص ١٣١ وما بعدها، وبصفة خاصة ص ١٣٥، ١٣٦ .

- وقد يأخذ المجموع من العقود شكل سلسلة من العقود . وهذا الشكل الأخير شائع فى المجال التجارى بأن تكون هناك روابط عقدية متتابعة وذات موضوع مشترك يربط بين عدة أشخاص . فمثلاً البيع التجارى ليس إلا حلقة فى سلسلة تداول السلع : فقد يسبقه أو يتبعه بيوع أخرى، فالبائع يحصل على الشيء المبيع من تاجر الجملة وهذا الأخير هو الآخر قد حصل عليه إما من تاجر آخر أو من المنتج مباشرة، وبالمثل نجد أن المشترى يعيد بيعه إلى متصرف إليه آخر وهكذا دواليك. والسؤال الذى يطرح نفسه يتعلق بمدى انقسام هذه العلاقات المتوالية. وأهمية هذا السؤال تتجلى فى معرفة انعكاس فسخ أحد هذه البيوع على مجموعة الروابط التجارية المتوالية.

ومما تجدر ملاحظته أن مشكلة تكييف المجموع من العقود لا تتعلق فقط بسلسلة البيوع، وإنما هذه الأخيرة هى التى جذبت الانتباه. فهذه المشكلة تخص النظرية العامة للعقد .

فى فرنسا قد سادت خلال الخمس عشرة سنة الأخيرة فكرة مؤداها أن المجموع من العقود يسمح بالضرورة اعتبار المسؤولية التى تربط بين أعضاء المجموعة مسؤولية عقدية بالرغم من عدم تعامل أحدهم مع الآخر. وهذا ما أعلنته فى شكل مبدأ عام الغرفة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية[١] لكن الجمعية العامة لمحكمة النقض بكامل هيئتها أوقفت هذا التطور [٢]. لكن نطاق هذا القضاء الجديد يعتبر غير مؤكد. بالنسبة لسلسلة العقود المتضمنة عقداً ناقلاً Un contrat transtatif لأن الصفة العقدية لدعوى الضمان سترتكز على الانتقال الضمنى لها . ولذلك يجب أن تحتفظ هذه الدعوى بصفتها العقدية [٣].

(١) انظر : Ph. Malaurie, L. Aynès, op.cit, no 9 p.20.

(٢) انظر :

Assemblé plénière, 12 Juil. 1991, Besse, B.A,P. no 5; D. 91. 549; J.C.P. 91. II. 21743, note G. Viney: Rev trim Civ 91.750 note p. Jourdain, cité par Ph. Malaurie, L. Aynès, no 9 p. 20 note 29.

(٣) أنظر :

Civ. 3,30 Oct. 1991, Bul. III, no 251; "Le maître de l'ouvrage" dispose contre le fabricant d'une action contractuell directe, laquell est fondé sur le contrat de vente conclu entre ce fabricant et le vendeur intermédiare.

– **العقود المشتركة Cocontrats ، والتعاقد من الباطن Sous-contrat :**

يجب ابتداءً التمييز بين العقود المشتركة والتعاقد من الباطن من ناحية والسلسلة من العقود من ناحية أخرى. ففى العقود المشتركة والتعاقد من الباطن يتدخل أكثر من شخص للمساهمة فى نفس العقد فالأمر هنا لا يتعلق بتعدد العقود كما هو الحال بالنسبة لسلسلة العقود .

فبالنسبة للعقد المشترك؛ نجد أن هناك أكثر من شخص يلتزمون بتنفيذ نفس العقد على قدم المساواة ، فهنا نجد عدة مساهمين من أجل محل واحد. مثال ذلك أن يلتزم أكثر من مقاول بتنفيذ نفس العمل (مطار مثلاً) على قدم المساواة، فكل منهم قد ارتبط مباشرة مع صاحب العمل. بطبيعة الحال ليس هناك ما يمنع أن يكون هناك ممثل لهم فى العلاقة مع صاحب العمل يسمى عادة (Entreprise pilote) .

بالنسبة للتعاقد من الباطن فإنه اتفاق يحل بمقتضاه شخص معين محل أحد أطراف عقد رئيسى أو أساسى فى تنفيذ هذا العقد الأخير. مثل ذلك الوكالة من الباطن، الإيجار من الباطن، المقاولة من الباطن . فمثلاً فى هذا العقد الأخير نجد أن المقاول الأصلى يلجأ إلى مقاول آخر ليحل محله، كلياً أو جزئياً، فى تنفيذ العمل الموكول إليه ، بشرط ألا يكون شخصه محل اعتبار لدى صاحب العمل بطبيعة الحال.

– بصدد المجموع من العقود نجد أن التكييف يكون توزيعياً حيث إنه يوجد عدة عقود مختلفة، بمعنى أن يقوم القاضى بتكييف كل عقد على حدة. ومع ذلك هناك بعض المراكز التعاقدية التى تثير صعوبة في التكييف، مثل ذلك البيع الإيجارى، أو بيع شيء معين تحت التصنيع أو التشييد، أو الهبة مع التكليف، إذ فى كل هذه الصور يمكن أن نتردد بين عدة طرق، حيث إن الأمر يتوقف على معرفة ما إذا كان العقد (عقداً مركباً) أى عقداً واحداً أم أن الأمر يتعلق بمجموعة من العقود المتميزة.

٣ – كيف تواجه مشكلة التكيف :

تبدأ عملية التكييف باتفاق معين أبرمه الأطراف ثار بصدده نزاع وعرض على

القضاء . القاضى عندما يقوم بالتكييف ، وهو من المسائل القانونية، لا يلتزم بطبيعة الحال بالوصف الذى أعطاه المتعاقدان لا تفاقهم. ولكن يبدأ القاضى بالنظر إلى العملية القانونية والغرض الذى يهدف إليه المتعاقدان من ورائها . ثم يطابق ذلك على أحد النماذج الواردة فى قانون العقود المسماة، فإذا كان هناك تطابق بين اتفاق الأطراف وهذا الأنموذج طبق القاضى الأحكام الخاصة بهذا العقد المسمى.

والقاضى يستهدى بطبيعة الحال بالالتزام المميز للاتفاق المبرم . لكن يجب أن يتحرز القاضى فى هذا الصدد. فمثلاً يجب ألا يأخذ فى عين الاعتبار فقط الالتزام النقدى، لأنه بطبيعته ليس له دلالة خاصة، فهناك كثير من العقود (البيع، الإيجار، التأمين، عقد النقل .. الخ) يلتزم فيها أحد الأطراف بدفع مبلغ من النقود. لذلك فإن النقود أو الطابع النقدى لالتزام أحد الأطراف لا تكفى للتمييز بين هذه العقود. مع ذلك فإن الالتزام النقدى يمكن أن يلعب دوراً فى التكييف بطريقة سلبية وأولية، وذلك عندما يتعلق بعنصر أساسى أو جوهرى لوجود عقد معين، فمثلاً لا يوجد بيع دون ثمن .

وعلى ضوء الصور السابق عرضها فإن القاضى قد يصل إلى أحد حلول أربعة:

١ – إما تكييف حصرى، وذلك عندما يتعلق الأمر بعقد مركب .

٢ – تكييف توزيعى ، وذلك عندما يتعلق الأمر بمجموعة من العقود.

٣ – تكييف غير دقيق .

٤ – أو يرفض إعطاء تكييف للاتفاق [1] .

(١) التكييف الحصرى Qualification exclusive :

عندما يتعلق الأمر بعقد مركب فإنه لا يكون له إلا طبيعة واحدة، ولذلك يكون التكييف حصرياً. وفى هذه الحالة القاضى قد يستمد طبيعته القانونية من مكوناته الرئيسية ، أو قد يعطيه، وهذا نادراً ، طبيعة جديدة مختلفة عن مكوناته :

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك:

Ph. Malaurie, L. Aynès, op.cit, no 11 et S.P. 21 et s. F. collart Dutilleul, Ph. Delebecque, op.cit, no 25 p. 24: Vo aussi X. Henry. La technique des qualifications contractuelles thèse, Nancy 1992, cité par F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, note 2 p. 24.

– فقد يلجأ القاضى إلى فكرة الأصل والفرع Principal et accessoire . فالعقد المركب له بصفة عامة نفس الطبيعة التى لعنصره الأساسى . القاضى يطبق هنا إذاً قاعدة الفرع يتبع الأصل Accessorium sequiter principlale (l'accessoire suit le principal) فمثلا إذا كان العقد يمزج بين البيع والإيجار وكان يشكل بصفة أساسية بيع فإن القاضى سيخضعه كلية لنظام عقد البيع بالرغم مما اصطبغ به من إيجار [١] .

وكذلك الحال بالنسبة للقسمة بمعدل فإن الأمر يتوقف على أهمية وطبيعة المعدل للبت فيما إذا كان بيعاً أو قسمة [٢]. ويصدق الأمر بالنسبة لعقد نقل الأثاث Le contral de déménagement الذى يتضمن فى نفس الوقت عقد نقل وعقد مقاولة ، فالفيصل فى ذلك الأهمية النسبية المتبادلة لكل من عملية النقل، وعملية حزم الأثاث وتنزيله وشحنه، أى العمل الذى يمثل عقد مقاولة .

– وقد يضطر القاضى إلى إضفاء طبيعة جديدة على العقد المركب خاصة إذا كان هذا العقد له طبيعة مختلفة عن طبيعة مكوناته. فالقاضى هنا يكف عن البحث عن العنصر الرئيسى فى العقد حيث بدا أمامه من هذا المركب عقد جديد. فمثلاً فى أوائل الستينات ظهر عقد الليسنج Leasing فى أوربا [٣]. وهذا العقد في حقيقته عملية تمويلية ولكنه يتم بوسائل قانونية تقليدية حيث إنه يستمد خصائصه من عدة

---

(١) هناك مثال عملى من القانون الفرنسى فمثلاً نجد أن قانون ٣ يناير ١٩٦٧ والخاص ببيع العقارات تحت التشييد لا يتضمن قواعد آمرة إلا بالنسبة للقطاع المراد حمايته، كالعقارات المخصصة للسكنى، أو المخصصة للاستعمال المهنى والسكنى (المادة ل ١٢٦١/١٠ من تقنين البناء والإسكان) فقد عرض على القضاء الفرنسى عقد بيع عقار تحت التشييد خاص ببناد محطة بنزين (وهذا مكان تجارى) وسكن لعمال المحطة، قضت محكمة النقض الفرنسية بتأييد حكم قاضى الموضوع الذى قرر أن السكن ليس إلا فرع يتبع المكان التجارى وبالتالى البيع فى مجموعة لا يخضع لقانون ١٩٦٧.

Civ 3, 15 Fév, 1978, Bull. III, no 84; J. C.P. 79, II, 1990, note. S. Galle.

(٢) انظر : نبيل سعد ، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية ١٩٩٥، ص ٢٠٧، ٢٠٨.

(٣) انظر:

M. Giavanoli, le crédit-bail (leasing) en Europe; dévéloppement et nature juridique, Thèse. Lausanne, Litec 1980, Pref. J. Hémard.

صيغ تعاقدية تتعاصر وتتداخل لتكون عقداً آخر مختلفاً عن مفردات هذه الصيغة الجمعية [1] وظهر هذا العقد كعقد غير مسمـى ذا طبيعة خاصة ثم بعد ذلك أعطى اسم C rédit-bail وخص بنظام قانوني خاص به.

(٢) التكييف التوزيعى Qualification distributive [٢]

هذا النوع من التكييف يكشف عن مدى نسبية قانون العقود المسماة،. هذا التوزيع يمكن أن يتم بإحدى طريقتين : إما أن يخضع كل عنصر من عناصر العقد فى نفس الوقت لقاعدة قانونية مختلفة[٣] . وهذه التجزئة للعقد تفترض أنها قد تمت بناء على إراد الأطراف أو نص القانون . وإما أن يخضع العقد على سبيل التتابع لقاعدة قانونية مختلفة وخاصة إذا كانت طبيعة العقد تتغير أثناء التنفيذ. مثال ذلك فى بيع عقار تحت التشييد نجد أن العقد يتبع لعقد المقاولة طالما أن التشييد لم يتم بعد، ثم يتبع البيع بعد ذلك[٤] .

ومما تجدر ملاحظته فى هذا الصدد أن التكييف لا يمكن بحال أن يكون جميعا Cumulative . بمعنى أن عقد معين لا يمكن أن يكون بصدد نفس القاعدة القانونية عقد بيع وعقد هبة فى نفس الوقت . لكن من الممكن أن يخضع لنوع معين من العقود بصدد بعض القواعد (مثال ذلك عقد بيع بصدد القواعد الشكلية) ويكون فى نفس الوقت نوع آخر من العقود بصدد قواعد أخرى (بأن يكون عقد هبة بصدد القواعد الموضوعية) وهذا ما نصادفه فى الهبة المستترة .

(٣) التكييف غير الدقيق Qualification inexacte :

يجب أن يترجم التكييف القصد المشترك للمتعاقدين. فحتى يستطيع القاضى أن

(١) انظر نبيل سعد الضمانات غير المسماة، منشأة المعارف ١٩٩٠ (حائز على جائزة الدولة التشجيعية ١٩٩٣) ص ٢١٧ وما بعدها.

(٢) Ph. Malaurie, L. Aynès, op.cit, no 14, p.22.

(٣) مثال ذلك العقد الذى يمزج بين البيع والمقاولة، فالبائع يلتزم بتسلم الشيء المبيع (بيع) ويقوم بتنفيذ عمل معين لحساب المتصرف إليه (مقاولة) كشخص يشترى قطعة قماش صوف ويلتزم البائع فى نفس الوقت بتفصيلها حلة له، في هذه الحالة التزامات البائع تخضع لأحكام عقد البيع، والتزامات المقاول أو الصانع- البائع تخضع لأحكام عقد المقاولة .

(٤) انظر: Ph. Malaurie, L. Aynès, op.cit, no 77 p. 65 et notam. note 51.

يكيف عقد بعينه، يجب أن يستخلص من إرادة المتعاقدين حقيقة الغرض المقصود من التعاقد، والغرض الذى يجب التعرف عليه هو الغرض العملى الذى يستخلص من مجموع ظروف التعاقد[1] لكن هذا التكييف قد يكون فى بعض الأحيان غير دقيق، إما بفعل المتعاقدين (وفى هذه الحالة يجب تقويمه)، وإما بفعل القاضى، أو بفعل المشرع .

فى الغالب يعطى الأطراف وصف غير دقيق لعقدهم، حيث إن الاسم المستعمل لا يترجم فى الواقع اقتصاديات العقد المبرم. هذا التكييف غير الدقيق قد يرجع فى بعض الأحيان إلى الجهل بحقائق الأشياء ، وفى أحيان أخرى قد يكون عمدياً، حيث يريد الأطراف التحايل على قاعدة قانونية آمرة، وبصفة خاصة القواعد الضريبية. ففي فرنسا من أجل الإفلات من الضرائب المقررة فى حالة الهبة يقوم الأطراف بستر عقد الهبة بعقد بيع. وقد يتواطأ الطرفان على إبرام عقد بيع تحت ستار عقد هبة لمنع الشفيع من المطالبة بالشفعة . فى كل هذه الحالات يعتبر التكييف تدليسياً، قصد به التحايل على القانون، لذلك فإن المحاكم لا تتقيد بهذا الوصف الذى أعطاه الأطراف لاتفاقهم وتستطيع دائما أن تعطى التكييف الصحيح للاتفاقات التى تعرض عليها.

ولكن يجب التفرقة فى هذا الصدد بين الحالتين : حيث إنه فى الحالة الأولى عندما يعطى المتعاقدان وصفا للعقد لا يتفق مع حقيقته نتيجة جهل أو غلط فإن الأمر يتعلق بتكييف غير صحيح للعقد وفى هذه الحالة يجب على القاضي إعطاء العقد الوصف الصحيح بغض النظر عن موقف الخصوم ، وذلك لأن التكييف يعتبر مسألة قانونية ينبغى على القاضى التصدى لها من تلقاء نفسه .

أما فى الحالة الثانية والتى يعطى فيها المتعاقدان عمداً وصف لعقدهم بقصد التحايل على القانون، فإذا كان هذا التحايل يشكل صورية، بأن يكون هناك عقدان عقداً حقيقياً وعقداً ظاهراً فموقف القاضى فى هذه الحالة سيختلف إذ لا يجوز له أن يحكم بالصورية إلا إذا تمسك بها صاحب المصلحة فى العقد الحقيقى وبعد أن

---

(١) منصور مصطفى منصور، مذكرات فى القانون المدنى ، العقود المسماة ، البيع والمقايضة والايجار ١٩٥٦ - ١٩٥٧ دار المعارف .

يكون قد أثبت وجود هذا العقد. ويترتب على ذلك أن الطعن بالصورية لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض، بينما يخضع تكييف القاضى للعقد لرقابة هذه المحكمة [1].

– فى بعض الأحيان قد يعطى القاضى للعقد وصفا غير دقيق بالرغم من عدم فائدة ذلك .

فقد جرى القضاء الفرنسى لزمن طويل على إعطاء عقد الخزينة Le contrat de coffre-fort وصف عقد الإيجار [2] بدون فائدة، ثم عدل بعد ذلك عن الوصف وتم إعطاؤه وصف عقد الحراسة [3] Contrat de garde وفى بعض الأحيان يعطى القضاء للعقد وصف غير دقيق من أجل إخضاعه لنظام قانونى معين. وبذلك يكون النظام القانونى للعقد مختلف عن طبيعته القانونية. مثال ذلك العقد المبرم مع وكالة للسفر Le contrat d'agence de voyage ، فقد وصفه القضاء فى بعض الاحيان بأنه عقد مقاولة [4] وفى أحيان أخرى وصفه بأنه وكالة [5] أو حتى عقد نقل [6]. الالتزامات فى كل هذه الحالات ليست نفس الشيء، لكن مهما كان التكييف فإن النتيجة واحدة بالنسبة لمسؤولية وكالة السفر .

قد يعطى القاضى للعقد وصفاً تقريباً أو مترددا . ويحدث ذلك بصفة خاصة عندما يغير الأطراف العنصر الرئيسى للعقد المسمى. مثال ذلك بصدد العارية وهى بحسب الأصل من عقود التبرع، فعندما يحدث تغيير للصفة المجانية لسبب أو لآخر

(١) انظر اسماعيل غانم ، الوجيز فى عقد البيع ١٩٦٣، ص ١١، ١٢، سمير تناغو ، عقد البيع، منشأة المعارف، ص ١٢ وما بعدها.

(٢) Ph. Malaurie, L. Aynès, op.citn mo 17 p. 24.

(٣) Ibid, no 868 p. 485.

(٤) Civ. 31 mai 1978, B.I, no 210, D.. 79, 48 note Faulon-liganiol.

(٥) Civ. 1.5 Janv 1961 aff du taxi de Rio, Bull. I, no 7, D. 61.340.

(٦) Paris. 12 déc 1952, J.C.P, 53. II. 7650. note. de Juglart.

وانظر بصفة عامة فى هذا الموضوع :

Ph. Malaurie, L. Aynès, op.cit, no 17 p. 24, no 714, p. 405.

فإن المحاكم تكيفه فى بعض الأحيان بعقد العارية بالرغم من أن نظامه القانونى قد تحور قليلاً، وفى أحيان أخرى تعتبره المحاكم عقد غير مسمى قريب من العارية [1] وبالمثل بالنسبة لعقد النقل (وهو بطبيعه من عقود المعاوضة) وذلك عندما يتم على وجه التفضل أو المصلحة بالرغم من أن ذلك لا يصل لدرجة المقابل، وبالنسبة لعقد الإيجار (حيث الأجرة النقدية عنصر أساسى) عندما يتم بمقابل عينى.

- المشرع نفسه قد يعطى وصفاً غير دقيق لعقد من العقود. عدم الدقة قد يكون بدون فائدة وقد يكون عن قصد. فمثلاً فى فرنسا اعتبر المشرع اتفاق المساعدة الزراعية المتبادلة La convention d'entraide agricole من عقود التبرع (قانون ٨ أغسطس ١٩٦٢ المادة ٢٠) وهذا غير دقيق بطبيعة الحال لأنه فى هذا الاتفاق توجد التزامات متقابلة ولا توجد نية التبرع . وإنما اكتفى المشرع بتخلف المقابل النقدى أو العينى ليعتبره كذلك [2] وقد تعمد المشرع أن يعطى عقد بيع عقار تحت التشييد صفة عقد البيع بالرغم من أن القواعد التى تحكمه تمزج بين نظام عقد البيع ونظام عقد المقاولة (قانون ٣ يناير ، ٧ يوليو ١٩٦٧) [3].

(٤) رفض التكييف : العقد ذو الطبيعة الخاصة Contrat sui generis :

فى بعض الأحيان نجد أن خصوصية عقد ما لا تمنع فقط تصنيفه ضمن أى من العقود المسماة وإنما أيضا تمنع خضوعه تماماً لأى من أنظمة العقود الخاصة. وهذا ما نسميه فى بعض الأحيان بالعقد ذو الطبيعة الخاصة لكن يجب ألا يتم اللجوء إلى رفض التكييف إلا على سبيل الاحتياط، عندما يستحيل فعلاً إدخال العقد فى أي من الطوائف الموجودة من قبل .

وعلى ذلك فإن فكرة العقد ذو الطبيعية الخاصة لها معنى سلبى، بمعنى أن هذا العقد ليس من العقود المسماة . وهذه الفكرة تلعب دوراً سلبياً أيضاً حيث أنها تجعل اتفاق يفلت من النظام القانونى لأحد العقود المسماة، وبصفة خاصة إذا كان

(١) انظر : Ph. Malaurie, L. Aynès, op.cit., no 17m p. 24.
(٢) Ibid, no 18 p. 24.
(٣) Ibid, no 18 p. 24 et no 77 p. 65.

هذا النظام له طابع آمر [1] .

ثانيا : تحديد نطاق العقد :

هل يقتصر العقد على الالتزامات التى أنشأها وكما اتضحت من تفسير إرادة المتعاقدين المشتركة ، أم نطاق العقد يتسع ليشمل أشياء أخرى؟ وإذا كان الأمر كذلك فكيف نحدد نطاق العقد ؟.

١ - المقصود بتحديد نطاق العقد :

لتحديد مدى القوة الملزمة للعقد، فإن القاضى يقوم بتفسير العقد، وذلك عن طريق استخلاص ما انصرفت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين . فإذا فرغ من تفسير العقد انتقل إلى تحديد نطاق العقد .

ولا يقتصر القاضى فى تحديد نطاق العقد على ما ورد فيه وفقاً للإرادة المشتركة للمتعاقدين، بل يجاوز ذلك إلى ما لم تتعلق به هذه الإرادة المشتركة ولكنه يعتبر من مستلزمات العقد وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام، والعقد على هذا النحو يلتزم المتعاقدان بتنفيذه ، ويكون التنفيذ بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية كما سنرى فيما بعد .

٢ - كيف يتم تحديد نطاق العقد :

يتضح مما تقدم أن القاضى فى تحديده لنطاق العقد، لا يقتصر على ما ورد فيه صراحة، بل يضيف إليه ما يعتبر من مستلزمات العقد. فالعقد يتحدد نطاقه بما ورد فيه وفقا للإرادة المشتركة للمتعاقدين ، مضافاً إليه ما يعتبر من مستلزماته. وفى ذلك تنص المادة ٢/١٤٨ على أن «لا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته، وفقا للقانون والعرف والعدالة وبحسب طبيعة الالتزام».

والقاضى عند تحديد نطاق العقد يسترشد فى ذلك بعدة عوامل أهمها :

---

(١) انظر فى تفصيل أكثر : Ph. Malaurie, L. Aynès, op.cit, no 19 p. 2

١ - طبيعة الالتزام . ٢ - القانون فى أحكامه التكميلية والمفسرة . ٣- العرف والشروط المألوفة . ٤ - العدالة (م ٢/١٤٨ مدنى مصرى).

(١) فيستطيع القاضى أن يسترشد بطبيعة الالتزام لاستكمال نطاق العقد. فمن يبيع سيارة مثلا ، يفترض أنه قد باع معها كافة الأدوات الإضافية التى لا تسير السيارة بدونها. ومن يبيع محلاً تجارياً يجب عليه أن يسلم للمشترى الدفاتر والسجلات التى تبين المركز المالى للمحل التجارى، ما له من حقوق وما عليه من ديون، وكل ما يتصل بالعملاء من بيانات مفيدة. ومن ذلك أيضاً أن القضاء يدخل فى عقد نقل الأشخاص، التزاما على الناقل بضمان سلامة الوصول . إذ المفروض من طبيعة الالتزام بالنقل أن يضمن الناقل تحقيق نتيجة محددة، وهى وصول الشخص سالماً معافاً إلى مكان الوصول. كما أن القضاء اعتبر أن عقدا الفندقة يتضمن التزاما بسلامة النزيل يقع على عاتق صاحب الفندق. وهذا الالتزام يعتبر التزاما يبذل عناية[1] .

(٢) كما أن القاضى يلجأ إلى القوانين التكميلية أو المفسرة لتحديد نطاق العقد واستكماله. فالمتعاقدان يتركان المسائل التفصيلية دون تحديد. وعندئذ تكون القوانين المفسرة عونا للقاضى في استيفاء هذه المسائل. ومثال ذلك عقد البيع الذى يتفق فيه على الثمن والمبيع ، ويترك زمان ومكان تسليم المبيع دون تحديد. فهنا يستعين القاضى بأحكام القانون لإجراء هذا التحديد .

(٣) ويسهم العرف كذلك فى تحديد مضمون العقد، كما أسهم فى تفسير هذا العقد. والعرف يجرى مجرى القانون ويكمل نطاق العقد بوجه خاص فى المسائل التجارية والمعاملات البحرية. كما ينتشر الأخذ به على وجه الخصوص فى أعمال البنوك والعقود التجارية . ويتصل بالعرف الشروط المألوفة ، فتضاف إلى العقد الشروط التى جرت العادة بإدراجها فيه دون الحاجة إلى النص عليها صراحة . ومثال ذلك النسبة المئوية التى تتقاضاها الفنادق والمطاعم والمقاهى بالاضافة إلى حساب العميل.

---

(١) نقض ١٩٨٠/١/٢٣ س ٣١ ص ٢٥٥.

(٤) قد يستأنس القاضى بقواعد العدالة للكشف عن نطاق العقد وتحديد مضمونه. فبائع المحل التجارى يلتزم نحو المشترى بعدم القيام بمنافسة مفتعلة لانتزاع عملاء المتجر، والعامل الذى يطلع على أسرار المصنع بحكم عمله يلتزم بعدم إفشاء أسرار المصنع ولو لم يشترط عليه ذلك . والمؤمن على منزله من الحريق يلتزم عند وقوع الحادث بالقيام بكل محاولة جديدة فى سبيل الحد من تفاقم الحادث، ولو لم يذكر ذلك فى العقد. مثل هذه الالتزامات يفترض دخولها فى نطاق العقد، حتى ولو لم يرد بشأنها نص فى القانون أو لم يتفق عليها. وذلك أن العدالة تقتضى تقريرها.

المطلب الثانى : الزام المتعاقدين بتنفيذ العقد

القاعدة العامة والاستثناء منها : القاعدة العامة هى أن يلزم العاقد بتنفيذ العقد وفقاً لمضمونه الذى تحدد على النحو المتقدم، وهذا ما يعبر عنه بأن «العقد شريعة المتعاقدين» . فالواجب إذن تنفيذ العقد فى جميع ما اشتمل عليه. ويرد على هذه القاعدة استثناءات أهمها ما تقضى به نظرية الظروف الطارئة من جواز تعديل العقد. وفيما يلى نعالج تنفيذ العقد فى جميع ما اشتمل عليه، ثم نبحث الاستثناء الوارد بشأن الظروف الطارئة .

أولا: تنفيذ العقد فى جميع ما اشتمل عليه :

القاعدة العقد شريعة المتعاقدين : لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون. (م١٤٧ مدنى مصرى) .

١ - المقتضى الأول : عدم جواز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون :

ويترتب على هذا المقتضى عدة نتائج فى غاية الأهمية : أول هذه النتائج أنه متى انعقد العقد صحيحاً التزام كل من طرفيه بتنفيذه، فلا يستطيع أى منهم أن يتحلل منه بإرادته المنفردة إلا فى الحدود التى يسمح بها القانون . كما لا يعتد بتعديل فيه

يستقل به أحد المتعاقدين بارادته المنفردة [١] لأن القول بغير ذلك يؤدى إلى عدم استقرار المراكز القانونية[٢] .

النتيجة الثانية يكون تطبيق العقد أمام القاضى فى حكم تطبيق القانون. وذلك أن العقد يعتبر قانوناً للمتعاقدين فى حدود ما جاء به . وليس المقصود بهذا أن العقد يشبه القانون من جميع الوجود . بل يقصد فقط، أن الالتزام الذى ينشأ عنه له قوة الالتزام الناشيء من القانون ، . بعبارة أخرى ما تعهد به المدين له قوة ما يفرضه القانون نفسه [٣] .

النتيجة الثالثة أن القاضى لا يملك التعديل أو التغيير فى العقد، كما هو ممتنع عليه بالنسبة للقانون . فلا يصح للقاضى أن يعدل عقداً صحيحاً بحجة أن التعديل تقتضيه العدالة. فالعدالة تكمل إرادة المتعاقدين كما تقدم . ولكنها لا تنسخها إلا بناء على أحكام القانون [٤].

هذا هو الأصل على أنه ليس هناك ما يمنع من أن يتفق المتعاقدان على نقض العقد أو تعديله ، فكما يملكان إنشاء العقد وتحديد نطاقه يمكنهما أيضاً الخروج منه أو تعديله . فمن يملك الإنشاء يملك الإلغاء والتعديل [٥]. كما أن لهما أن يتفقا على اعطاء هذا الحق لأحدهما، لأنه من يملك الكل يملك الجزء. وفى بعض الحالات يتكفل القانون بإعطاء أحد المتعاقدين الحق فى إنهاء العقد بإرادته المنفردة، كما هو الحال فى الوكالة والوديعة والعقود الزمنية التى لم تحدد لها مدة كالشركة، والإيجار وعقد العمل . كما يجوز للواهب أن يرجع فى الهبة بترخيص من القضاء، متى كان يستند فى ذلك إلى عذر مقبول .

---

(١) نقض ١٩٩٠/١٢/٧ الطعن ٢٣٢٤ لسنة ٥٩ ق .

(٢) نقض ١٩٩٠/٤/٥ الطعن ٨٤٣ لسنة ٦٤ ق، ١٩٩٠/١/٣١ الطعن ٨٤٣ لسنة ٥٤ ق.

(٣) انظر فى أهمية تنفيذ الالتزام وتطوره، نبيل ابراهيم سعد ، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف ١٩٨٢م، فقرة ١ ، وما بعدها ص ٥ وما بعدها، انظر نقض ١٩٨٦/١١/٥ الطعن ١٤٠٢ لسنة ٥٢ ق.

(٤) اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، فقرة ١٥٤، ص ٣١٢.

(٥) نقض ١٩٨٣/١/٤ س ٣٤ ص ١١٣.

وهناك أحوال استثنائية ينص فيها القانون على تخويل القاضى سلطة تعديل العقد، وذلك استجابة لاعتبارات العدالة. ومن هذا القبيل سلطة القاضى فى تخفيض الشرط الجزائى وهو التعويض الاتفاقى، إذا كان مبالغاً فيه ولم يوضع إلا على سبيل التهديد لإكراه المدين على الوفاء (م ٢٢٤ مدنى مصرى)[١] ، وسلطته فى منح المدين أجلاً للوفاء بالتزاماته (نظرة ميسرة)، (م ٣٤٦ مدنى مصرى)، سلطته فى أن يعدل أجر الوكيل .

على أن أهم الحالات التى خول القانون فيها سلطة تعديل العقد استثناء من قوته الملزمة ، حالتان : الحالة الأولى خاصة بعقود الإذعان، حيث يجوز للقاضى تعديل الشروط التعسفية التى قد يتضمنها العقد ، بل وأن يعفى الطرف المذعن منها. والحالة الثانية هى حالة الظروف الطارئة حيث يجوز للقاضى أن يعدل العقد فيرد الالتزام إلى الحد المعقول، وهذه الحالة بصفة خاصة سوف ندرسها تفصيلاً بعد حين.

٢ – المقتضى الثانى : وجوب تنفيذ المتعاقدين للعقد طبقا لما اشتمل عليه بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية :

وإذا كانت قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، تفرض على المتعاقدين عدم المساس بالعقد سواء من حيث تعديله أو نقضه، إلا باتفاقهما أو فى الأحوال التى يقررها القانون، فإنه من مقتضيات هذه القاعدة أيضا وجوب تنفيذ المتعاقدين للعقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية (م ١/١٤٨ مدنى).

والمفروض أن حسن النية هو أساس التعامل، ويقتضى حسن النية أن يقوم المتعاقد بتنفيذ العقد بالطريقة التى تقتضيها الأمانة والنزاهة فى التعامل. فناقل البضاعة مثلاً

---

(١) وفى القانون الفرنسى كان لا يجوز للقاضى أن يعدل الشرط الجزائى إلى عام ١٩٧٥م، حين صدر قانون يجيز له ذلك . انظر فى ذلك :

La clause pénale. Ph. Malaurie, Rep. not., Defrénois, 1976, art, 31075; Boccara, J.C.P. 1975, I. 2742 S. Sanz Rev. trim dr. civ. 1977, 278. Vo en général, J. Carbonnier. op.cit., no 78, p., 291; G. Farjat, op.cit, p. 353.

يجب أن ينقلها بأنسب الطرق إلى أصحابها، والمؤمن على منزله من الحريق يجب أن يبذل كل جهد فى سبيل منع تفاقم الحريق عند وقوعه [١]، والمستأجر يلتزم بإخطار المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله مثل حاجة العين إلى إصلاحات عاجلة، والوكيل يجب عليه موافاة الموكل بكل المعلومات المتصلة بتنفيذ الوكالة.

بحث حسن النية فى تنفيذ العقد من مسائل الواقع التى لمحكمة الموضوع الحق المطلق فى تقديرها [٢].

ويلاحظ مما تقدم أن حسن النية فى تنفيذ العقد يقتضى التعاون بين المتعاقدين. ولذلك فإن تنفيذ العقد بسوء نية يرتب مسؤولية المتعاقد، ويلزمه بالتعويض عن الضرر فى الحدود التى يرسمها القانون .

ثانياً : نظرية الظروف الطارئة :

هذه النظرية تعطى للقاضى سلطة تعديل العقد استثناءً من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين . ولذلك يجب أن نقف على التعريف بهذه النظرية وتطورها التاريخى، ثم نعرض بعد ذلك لشروط تطبيقها وما تعطيه للقاضى من سلطة لتعديل العقد.

١ - التعريف بالنظرية وتطورها التاريخى : مقتضى هذه النظرية أنه إذا ما طرأ بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه حوادث لم تكن متوقعة ترتب عليها اختلال التعادل بين التزامات الطرفين اختلالاً فادحاً بحيث أصبح التزام أحدهما مرهقاً يهدده بخسارة جسمية، فعندئذ يجوز للقاضى أن يتدخل فى العقد، لا لإحلال المدين من التزامه، وإنما لتعديل التزامات الطرفين على الوجه الذى يرد به الالتزام المرهق إلى

---

(١) انظر نقض ١٩٨٨/١٢/٢٠ الطعن ١٩٩٠ لسنة ٥٤ ق حيث قضت المحكمة بأن «العقد لا يقتصر على الزام المتعاقد بما ورد فيه على وجه التخصيص والافراد وانما يضاف إليه ما يعتبر من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام، كما يجب تنفيذ هذا الالتزام بما يوجبه حسن النية ومؤدى ذلك أن طبيعة الالتزامات الناشئة عن عقد التأمين الاجبارى من المسئولية تستلزم من المؤمن له أن يبذل ما وفى وسعه (لرفع الضرر محل التأمين والتخفيف منه إذا وقع - وهو ما يقتضى الالتزام بدفع دعوى المضرور بما يوجبه حسن النية من عناية، وعدم التفريط أو الاهمال فى دفعها - إلا أن هذا الالتزام لا يتسع للدفع بالتقادم ذلك أن الأصل فى هذا الدفع أنه مجرد رخصة شخصية».

(٢) نقض ٦٦/١١/١٥ س ٩٧ ص ١٦٨٨ .

الحد المعقول. مثل ذلك عقد توريد حُدِّد فيه سعر السلعة التى تعهد العاقد بتوريدها على أساس الظروف الاقتصادية القائمة وقت إبرام العقد، ثم يحدث حادث غير متوقع كحرب مثلاً، يترتب عليها ارتفاع فاحش فى الأسعار، بحيث يصبح تنفيذ المدين لعقد التوريد بالسعر المتفق عليه يتهدده بخسارة فادحة، تخرج عن الحد المألوف فى خسائر التجار .

ويرجع أصل نظرية الظروف الطارئة إلى القانون الكنسى، حيث كان الفقهاء الكنسيون يحرمون الغبن فى العقود، سواء تحقق الغبن منذ إبرام العقد، أو طرأ عند تنفيذه فهو فى الحالتين نوع من الربا المحرم [١].

إلا أن سيادة مبدأ سلطان الإرادة قد أدى إلى اندثار نظرية الظروف الطارئة وذلك لأنها تبيح، على غير مقتضى هذا المبدأ للقاضى أن يعدل العقد بناء على طلب أحد المتعاقدين دون رضاء الطرف الآخر، مما يشكل إهداراً للقوة الملزمة للعقد. ولذلك نجد القضاء المدنى الفرنسى يرفض الأخذ بهذه النظرية إلى الآن، رغم محاولات الفقه الجادة والمتعددة لإيجاد سند لهذه النظرية فى المبادىء العامة فى القانون المدنى. ومع ذلك فقد اضطر المشرّع الفرنسى أن يتدخل فى حالات متعددة للأخذ بنظرية الظروف الطارئة وبنصوص خاصة، وعلى العكس ازدهرت نظرية الظروف الطارئة فى نطاق القانون الإدارى وأخذ بها مجلس الدولة الفرنسى منذ الحرب العالمية الأولى، مراعياً فى ذلك ضرورة ضمان سير المرافق العامة [٢] .

وقد أخذت التقنيات المدنية فى معظم الدول العربية بنظرية الظروف الطارئة [٣].

---

(١) انظر اسماعيل غانم، المرجع السابق ، فقرة ١٥٥ ،ص ٣١٤.

(٢) انظر فى تفصيل ذلك :

B. Starck, op.cit., nos 1910 et p. 565 ets. J. Flour, op.cit nos 401 ets. p. 311 ets. Jacques Ghestin, Traité de droit civil, les obligations, 1980, n 148 p. 105 ets. no 557 p. 462, J. Carbonnier, op.cit., no 67 p. 240 ets. G. Farjat, op.cit., p. 53 et p. 268.

(٣)وقد نص التقنين المدنى المصرى على نظرية الظروف الطارئة فى المادة ٢/١٤٧ وكذلك فعل التقنين السورى فى المادة ١/١٤٨ والتقنين الليبى فى المادة ٢/١٤٧ وفى التقنين العراقى فى المادة ٢/١٤٦ وكل هذه النصوص متطابقة .

٢ - شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة :

تتعلق هذه الشروط بالعقد الذى تثار النظرية فى شأنه، وبطبيعة الحادث الطارىء وبالأثر المترتب عليه .

(أ) ففيما يتعلق بالعقد : يشترط أن يكون العقد متراخياً فى تنفيذه بغير خطأ المدين، فطرأ الحادث الذى ترتب عليه اختلال توازن العقد فى الفترة ما بين إبرامه وتمام تنفيذه [١]. ولا يشترط أن تكون الالتزامات المتبادلة متراخية التنفيذ على وجه التقابل إلى ما بعد الحادث الطارىء بل يكفى وجود التزام على أحد المتعاقدين متراخى التنفيذ الى ما بعد الحادث الطارىء ثم صار مرهقاً للمدين دون ما اعتبار بكون الالتزام المقابل تم تنفيذه أو كان تنفيذه متراخيا كذلك [٢] .

وعلى ذلك فإذا كان العقد قد تم تنفيذه فعلا قبل طروء الحادث فلا يكون هناك محل لتطبيق النظرية ولا يجوز إعادة النظر فى العقد بداهة [٣]. وكذلك إذا كان تراخى التنفيذ راجعاً إلى خطأ المدين، ثم طرأ الحادث الذى أدى إلى اختلال التوازن فإنه بالرغم من ذلك لا تطبق نظرية الظروف الطارئة إذ يجب ألا يفيد أحد من تقصيره أو اهماله[٤] .

فتطبيق نظرية الظروف الطارئة يكون مجاله الطبيعى فى العقود الزمنية بطبيعتها مثل العقود المستمرة كعقود الإيجار، أو تكون دورية التنفيذ كعقد التوريد. وتنطبق النظرية أيضا على كل عقد متراخى التنفيذ. سواء كان من العقود الفورية التى يستغرق تنفيذها مدة من الزمن كعقد المقاولة ، أو من العقود الفورية التى يكون التراخى فيها راجعاً إلى اتفاق الطرفين بأن أضافا تنفيذ الالتزام إلى أجل واقف. كعقد بيع أجل فيه الوفاء بالثمن [٥].

---

(١) نقض ١٩٦٢/١٢/٢٠ س١٣ص ١١٧٤ ، ١٩٦٣/١/٣ س ١٤ ص ٣٧، ١٩٦٥/٢/١٨ س١٦ ص ٩١.

(٢) نقض ١٩٦٣/٣/٢١ س ١٤ ص ٣٤٧.

(٣) نقض ١٩٦٢/١٢/٢٠ السابق الاشارة إليه ١٩٧٥/٦/٩ س ٢٦ ص ١١٦٣ .

(٤) نقض ١٩٦٣/١/٣ السابق الاشارة إليه .

(٥) انظر نقض مدنى ، ٢٠ ديسمبر ١٩٦٢ م مجموعة حكام النقض ١٣ ق جزء ٣ رقم ١٨٦ ص ١١٧٤، ١٩٦٣/١/٣ السابق الاشارة اليه ، انظر فى تطبيق هذه النظرية فى مجال القانون الزرعى،=

ويجب أخيراً استبعاد العقود الاحتمالية وعقود المضاربة فى البورصة من نطاق تطبيق النظرية (١). فمثل هذه العقود تفترض بطبيعتها أن يتعرض أحد المتعاقدين للخسارة أو الربح مهما كانت الخسارة جسيمة أو الربح كبيراً.

(ب) فيما يتعلق بطبيعة الحادث وأوصافه : يجب أن يكون الحادث استثنائياً أى نادر الوقوع غير مألوف مثل الحرب أو الزلزال أو الفيضان ، أو انتشار وباء أو قيام إضراب أو استيلاء إدارى (٢). وعلى ذلك يجب أن تستبعد الحوادث الخاصة بالمدين مهما كانت استثنائية . ومثال ذلك إفلاس المدين، أو اصابته بمرض، أو احتراق محصوله، أو هلاك بضاعته، فإن هذه الحوادث ترهق المدين فى تنفيذ التزامه ولكنها لا تعتبر من قبل الحوادث الطارئة، التى تبرر تطبيق أحكام هذه النظرية.

كما يجب فى الحادث الاستثنائى أن يكون عاماً. والمقصود بوصف العمومية ألا يكون الحادث قاصراً على المدين أو خاصاً به فقط. وإنما يجب أن يكون مجرداً وشاملاً لطائفة من الناس (٣). كفيضان عال غير منتظر يكون قد أغرق مساحة واسعة من الأراضى من بينها أرض المدين ، أو غارة غير منتظرة للجراد، تأتى على محصول منطقة معينة تقع فيها أرض المدين .

ويجب أخيراً أن يكون الحادث الاستثنائى العام غير متوقع، أى ليس فى الوسع توقعه وقت إبرام العقد . والعبرة فى التوقع بمعيار موضوعى، هو معيا الشخص

= نبيل سعد ، القانون الزراعى، الملكية الزراعية ، منشأة المعارف ، ١٩٨٦م ص ٥٦ وما بعدها، وانظر نقض ١٩٦٣/١/٣ س ١٤ ص ٣٧.

(١) قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز اعمال نظرية الحوادث الاستثنائية المنصوص عليها فى المادة ٢/١٤٧ مدنى فى شأن عقود بيع القطن الآجلة (الكونتراتات)، لأن المتعاقد يعلم سلفا أنه يتعاقد بعقد احتمالى مبناه فكرة المخاطرة، (نقض مدنى ، ١٥ فبراير ١٩٦٦ م مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ جزء ١ رقم ٣٨ ص ٢٨٧.

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الشروط التى يتطلبها القانون فى الحادث الطارىء قد توافرت فى قانون الاصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ انظر نقض ١٩٦٣/١/٣ س ١٤ ص ٣٧، ١٩٦٥/٢/١٨ س ١٦ ص ١٩١.

(٤) نقض ١٩٧٠/٥/٥ س ٢١ ص ٧٨٧.

المعتاد[1] والبحث ، فيما إذا كان الحادث مما في وسع الشخص العادى الا يتوقعه أو أنه من الحوادث الطارئة غير المتوقعة مما يدخل في نطاق سلطة قاضي الموضوع ولا رقابة عليه من محكمة النقض متى أقام قضاءه على أسباب سائغة تكفي لحمله [2] .

(جـ) ومن حيث أثر الحادث : يشترط أن يكون قد ترتب عليه أن أصبح تنفيذ الإلتزام مرهقاً للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة [3]. فالحادث الطارىء لا يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، بل مرهقاً فحسب . وهذا هو الفارق بين الحادث الطارىء والقوة القاهرة. فالقوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، ولذلك يترتب عليها انقضاء الالتزام. أما الحادث الطارىء فهو يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً ولذلك فلا ينقضى الالتزام بل يرد إلى حد المعقول .

ولا يعتبر تنفيذ الالتزام قد صار مرهقاً لمجرد أن المدين سيصاب بالخسارة من جراء التنفيذ بل يجب أن تكون الخسارة فادحة. والمعيار في ذلك ليس معياراً شخصياً بنظر فيه إلى الشخص المدين، بل هو معيار موضوعى ينظر فيه إلى الصفقة ذاتها مقيسة بظروف المدين العادى، أو بعبارة أخرى أن العبرة في هذا الشأن بالخسارة التى تصيب المدين في صفقة معينة بالذات، بصرف النظر عن ثرائه الذى يجعله قادراً على تحمل الخسارة [4]، أو أى ظروف أخرى خاصة به تخفف من حدة الإرهاق [5] .

فإذا تعاقد شخص على توريد سلعة معينة، ثم ارتفع سعرها ارتفاعاً باهظاً بسبب حادث طارىء ، فله أن يتمسك بأحكام النظرية، حتى ولو كان ثرياً في مقدوره أن يقوم بتوريد السلعة بالسعر المتفق عليه رغم ارتفاع ثمنها .

---

(١) نقض ١٩٦٩/١١/١١ س ٢٠ ، ص ١١٩٣ ، ١٩٧٦/٣/٤ س ٢٧ ص ٥١٥، ١٩٧٧/٣/١ س ٢٨ ص ٦٠٠ ، ١٩٧٨/١/١١ س ٢٩ ص ١٥٢ ، ١٩٩٠/١١/٢٩ الطعن ١٢٩٧ لسنة ٥١ ق.

(٢) نقض ١٩٨٧/١٢/٧ الطعن ٩٨٠ لسنة ٥٢ ق.

(٣) ولذلك فان الخسارة المألوفة في التعامل لا تكفى ، انظر نقض ١٩٦٤/٣/٢٧ س ١٥ ص ٤٠٩، ١٩٦٤/٧/٢ س ١٥ ص ٨٩٥ ، ١٩٧٥/٦/٩ س ٢٦ ص ١١٦٣.

(٤) انظر في ذلك اسماعيل غانم، المرجع السابق ، فقرة ١٥٦ ص ٣١٨، توفيق فرج، المرجع السابق ، فقرة ١٦٩ ، ص ٢٥٦ ، جلال العدوى ، المرجع السابق ، ص ١٨٠.

(٥) نقض ١٩٦٨/١٢/١٢ س ١٩ ص ١٥٢١، ١٩٧٠/١٢/١٥ س ٢١ ص ١٢٣٤ ، ١٩٧٧/٣/١ س ٢٨ ص ٦٠٠.

وبالمثل للحكومة أن تتمسك فى مواجهة الفرد بنظرية الظروف الطارئة إذا كانت الصفقة التى عقدتها تهددها بخسارة فادحة بالنسبة إلى الصفقة ذاتها فلا يجوز الاحتجاج بأن الحكومة لا يرهقها تحمل الخسارة باعتبار أنها شىء لا يقاس بضخامة ميزانيتها وطاقتها المالية .

– بل وإن الإرهاق فى تنفيذ الالتزام يتحقق حتي ولو كان المدين قد تهيأت له ظروف خاصة به خففت من حدة الارهاق . فإذا تعهد تاجر بتوريد سلعة معينة وقام بتخزين كمية كبيرة منها دون أن يكون متوقعاً ارتفاع السعر ودون أن يكون ثمة صلة بين التخزين وبين تعهده بالتوريد، ثم ارتفع السعر ارتفاعاً باهظاً بسبب حادث طارىء، جاز له التمسك بنظرية الحوادث الطارئة ، ما دامت شروطها الموضوعية متوافرة فى الصفقة. أما الكسب الذى يحققه من السلعة المخزونة فيستأثر هو به. ولا يجوز للدائن الاحتجاج بوجود السلعة فى المخزن .

ومن هنا نرى أن الارهاق يتحدد بمعيار موضوعى بالنظر إلى الصفقة فى ذاتها[1] ، بصرف النظر عن الظروف المخففة المحيطة بالمدين [2] .

٣ – سلطة القاضى فى تعديل العقد للحادث الطارئ:

وفى هذا الصدد سنعرض لطبيعة سلطة القاضى وحدودها وما يدخل فيها وما يخرج عنها .

– طبيعة سلطة القاضى وحدودها :

- متى توافرت الشروط السابقة فإنه يجوز للقاضى أن يوازن تبعا للظروف بين مصلحة الطرفين وأن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

• وبذلك يملك القاضى فى هذا الصدد سلطة تجاوز حدود سلطاته العادية. فهو فى الأصل لا يملك فى العقد إلا أن يفسر عباراته الغامضة أو يحدد نطاقه فى الحدود التى رسمها له القانون. ولكن لا يجوز له أصلاً أن يتناول بالتعديل ما اتفق عليه.

---

(١) نقض ١٩٦٢/٥/١٠ س ١٣ ص ٦٢٩ .
(٢) انظر شمس الدين الوكيل ، مبادىء القانون الخاص ، الطبعة الأولى، منشأة المعارف ، ١٩٦٥م، فقرة ٢٨١ ص ٤١١، ٤١٢.

• أما فى حالة الحوادث الطارئة فإن القانون يكفل للقاضى سلطة رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول . وهى سلطة تقديرية واسعة، يستطيع القاضى بموجبها اختيار الطريقة التى يزيل بها الإرهاق عند تنفيذ الالتزام .

ولنعرض الآن ما يدخل فى سلطة القاضى وما يخرج عنها .

أ - ما يدخل فى نطاق سلطة التقديرية :

(١) فقد يرى القاضى زيادة الالتزام المقابل للالتزم المرهق، بحيث يتحقق التوازن الاقتصادى بينهما ، فإذا تعهد شخص مثلاً بتوريد قمح بسعر أربعة جنيهات ، ثم ارتفع السعر بسبب حادث طارىء إلى عشرة جنيهات. ففي هذه الحالة يرفع القاضى السعر المتفق عليه فى العقد، ويراعى فى ذلك عدم الاعتداد بالزيادة المألوفة. أى أنه يرفع السعر فى الحدود التى لا تجعل تنفيذ مرهقاً بالنسبة للمدين. وبذلك لا يكون السعر الذى يقرره القاضى هو عشرة جنيهات للأردب، وإنما قد يكون مثلاً سبعة جنيهات .

وواضح من هذا المثال أن القاضى لا يرفع السعر الوارد فى العقد إلى السعر الجديد الباهظ، وإلا كان فى ذلك تحميل لطرف الآخر، ليس فقط تبعة الارتفاع الباهظ للأسعار بأكمله ، بل أيضاً تبعة الارتفاع المألوف. والمفروض أن الارتفاع العادى المألوف الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد يتحمله المدين ، ويقسم ما يزيد على ذلك من خسارة غير مألوفة على المتعاقدين ، وذلك مراعاة للموازنة بين مصلحة كل منهما [١] .

ومما تجدر الإشارة إليه، أن القاضى عندما يرفع السعر، لا يفرض على الطرف الاخر الشراء بالسعر الذى حدده، بل يكون له الخيار بين أن يشترى به أو يفسخ العقد، فإذا تخير الفسخ كان ذلك محققاً لمصلحة المدين، إذ يزول عن عاتقه كل أثر للحادث الطارىء.

---

(١) انظر شمس الدين الوكيل ، مبادىء القانون الخاص، الطبعة الاولى، منشأة المعارف ، ١٠٦٥م، فقرة ٢٨١ص ٤١١، ٤١٢.

(٢) وقد يرى القاضى بدلاً من زيادة الالتزام المقابل، أن ينقص من الالتزام المرهق ذاته. مثال ذلك أن يتعهد شخص بتوريد كمية من الصلب ثم يرتفع سعره ارتفاعاً باهظاً بسبب حرب جعلت استيراده متعذراً. وهنا تنقص الكميات الموجودة منه في السوق. فى هذه الحالة يجوز للقاضي أن ينقص الكمية التى يلتزم المدين بتوريدها، وذلك فى الحدود التى تجعل تنفيذ الالتزام ميسوراً غير مرهق .

(٣) وقد يرى القاضى لا إنقاص الالتزام المرهق ولا زيادة الالتزام المقابل، ولكن وقف تنفيذ العقد حتي يزول الحادث الطارىء ، إذا ظهر له أن هذا الحادث وقتى مما يقدر له الزوال فى مستقبل قريب (١).

من ذلك مثلاً أن يتعهد مقاول بإقامة مبنى فى وقت محدد، وترتفع أسعار مواد البناد ارتفاعاً باهظاً بسبب حادث طارىء. فإذا قدر القاضي أن هذا الارتفاع زائل فى وقت قصير لقرب السماح باستيراد المواد اللازمة مثلاً ، فهو يقضى بوقف تنفيذ التزام المقاول في الموعد المتفق عليه، حتى يتيسر للمقاول تنفيذ التزامه دون إرهاق. ويشترط ألا يترتب علي وقف التنفيذ ضرر جسيم يلحق صاحب المبنى .

(٤) اذا كان تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود البيع التى يكون فيها الثمن مقسطا فانه يجب على القاضى ألا يزيد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إلا بالنسبة للقسط أو الاقساط التى يثبت له أن أداء المشترى لها قد أصبح بسبب وقوع الحادث الطارىء غير المتوقع مرهقا له بحيث يهدده بخسارة فادحة. أما باقى الأقساط المستقبلة فان القاضى لا يعمل فى شأنها هذا الجزاء اذا تبين أن هناك احتمالاً بزوال أثر ذلك الحادث عند استحقاقها ويكون شأن الاقساط فى ذلك شأن الاداءات فى عقود المدة من حيث التأثر بالظروف الطارئة(٢)، كما أنه لا يجوز اعمال حكم الظروف الطارئة على الاقساط التى تكون قد حلت قبل وقوع الحادث الطارىء

---

(١) انظر فى النظرية العامة للوقف فى تنفيذ العقد من حيث نطاقها وأساسها وآثارها رسالتنا للدكتوراه .
NABIL SAAD AWAAD, Essai d'une théorie générale de la suspension dans l'exécution du contrat, Etude comparée en droit civil Egyptien et droit civil Français, Dijon 1980.

(٢) نقض ١٩٦٣/١/٣ ، س ١٤ ص ٣٧، ١٩٦٤/٣/٢٦ س ١٥ ص ٤٠٩.

وقصر المدين في الوفاء بها حتى وقع الحادث لتخلف شرط أساسي وهو ألا يكون تراخي التنفيذ راجعا إلى خطأ المدين[1].

ب - ما يخرج عن نطاق سلطة القاضي التقديرية :

وإذا كان من سلطة القاضي إنقاص الالتزام المرهق أو زيادة المقابل أو وقف تنفيذ العقد، إلا أنه لا يجوز له على أية حال أن يحكم بالفسخ بناء على طلب المدين. وذلك لأن الهدف المقصود من نظرية الظروف الطارئة هو توزيع تبعة الحادث على الطرفين. وفي الفسخ بناء على طلب المدين تحميل للدائن وحده الخسارة كلها [2]. لكن ليس هناك ما يمنع من أن يطلب الدائن الحكم بفسخ العقد دون تعويض، إذا لم يشأ أن يقبل تعديله. إذ لا محل لأن يفرض على الدائن تعديل العقد إذا كان يؤثر التخلي عن الصفقة، وخاصة وأنه في هذه الحالة لا يصيب المدين أي ضرر، بل سيكون هذا في صالحه إذ يرتفع عن عاتقه كل أثر للحادث الطارىء[3].

جـ - تطبيق نظرية الظروف الطارئة من النظام العام :

وقد أراد المشرّع أن يكفل لنظرية الحوادث تطبيقاً فعّالاً، فمنع الاتفاق المسبق على استعباد سلطة القاضي في التعديل . ويقع باطلاً كل إتفاق على خلاف ذلك. وهذا يعني أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة من النظام العام. والعلة من تقرير هذا الحكم هو أنه لو سمح بالاتفاق على استبعاد تطبيق نظرية الظروف الطارئة، لاستطاع المتعاقد القوى أن يملي على المتعاقد الضعيف هذا الشرط وبذلك تغدو الحماية المقررة طبقاً لهذه النظرية صورية لا قيمة لها [4]. لكن ليس هناك ما يمنع بعد وقوع الحادث الطارىء حيث تنتفي مظنة الضغط على المدين المرهق ان ينزل هذا المدين عن التمسك بذلك التطبيق، مما مؤداه الا يكون للمحكمة تطبيق هذه النظرية بغير طلب من جانبه [5] .

---

(١) نقض ١٩٦٤/٣/٢٦ س ١٥ ص ٤٠٩

(٢) السنهوري ، الوجيز، المرجع السابق ، فقرة ٢٧٦ ص ٢٥١ ، اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٥٧ ، ص ٣١٩.

(٣) اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، فقرة ١٥٧ ، ص ٣١٠.

(٤) انظر في هذا المعنى نفسه السنهوري ، الوجيز ، فقرة ٢٧٦ ، ص ١٥١ ، هامش ٣ .

(٥) نقض ١٩٨٤/١/٩ س ٣٥ ص ١٦٨

المبحث الثانى : جزاء القوة الملزمة للعقد

متى انعقد العقدصحيحاً فإنه يجب تنفيذه فى جميع ما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية . فإذا لم يقم المدين بتنفيذ العقد تقوم مسؤوليته العقدية، وذلك لأن للعقد قوته الملزمة . فعدم التنفيذ يعتبر عملاً مخالفاً للقانون . ولهذا فإن للدائن أن يلجأ إلى جبر وقهر المدين على التنفيذ العينى، فيحصل قهراً على عين ما التزم به المدين. فإذا تعذر الحصول على التنفيذ العينى كان للدائن أن يلجأ إلى التنفيذ بمقابل، بطريق التعويض .

وهذه القواعد تنطبق على الالتزامات جميعاً أياً كان مصدرها. غير أن للمسؤولية العقدية، أى تلك التى تترتب على الإخلال بالتزام عقدى، بعض أحكام خاصة. فيجب أن تتوافر أركان المسؤولية العقدية، من خطأ عقدى، وضرر، ورابطة سببية بين الخطأ والضرر . كما أن التعويض الناشيء عن المسؤولية العقدية يقتصر على الضرر المتوقع إلا فى حالتى الغش، أى الخطأ العمدى، والخطأ الجسيم. وبناءً على ذلك يجب أن نعرض لكل هذه النقاط باختصار ، ثم نعقب ذلك بالكلام عن الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية.

كماأن هناك قواعد خاصة بعدم تنفيذ العقود الملزمة للجانبين . حيث أن تخلف أحد الطرفين عن تنفيذ التزامه يترتب عليه حل الرباط العقدى، إذ يحق للطرف الآخر أن يلجأ إلى القضاء طالباً فسخ العقد والتعويض إن كان له محل. كما يجوز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن التزامه إذا لم يقم المتعاقد الأخر بتنفيذ ما التزم به، هذا هو الدفع بعدم التنفيذ.

وعلى ذلك سوف ندرس كلاً من المسؤولية العقدية والقواعد الخاصة بالعقود الملزمة للجانبين فى مطلبين متتالين .

المطلب الأول : المسؤولية العقدية

وفى هذا الصدد يجب أن ندرس أركان المسؤولية العقدية، ثم نعقب ذلك بدراسة الاتفاقات المعدلة لقواعد المسؤولية العقدية.

الفرع الأول - أركان المسؤولية العقدية

تبين لنا مما سبق أن المسؤولية العقدية هى جزاء عدم قيام المتعاقد بتنفيذ التزامه أو تأخره فى هذه التنفيذ. وهى تؤدى إلى تعويض الدائن عمّا أصابه من ضرر بسبب عدم تنفيذ العقد. وهذا ما يسمى بالتنفيذ عن طريق التعويض أو التنفيذ بمقابل (م ٣١٥ مدني مصرى). ولكى تقوم المسؤولية العقدية ينبغى أن يتوافر خطأ عقدى ينشأ عنه ضرر للمتعاقد ويكون بين هذا الخطأ وذلك الضرر رابطة سببية.

أولاً : الخطأ العقدى:

١ - تعريف الخطأ العقدى:

الخطأ العقدى هو عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه[١]. فالمدين يعتبر مخطئاً إذا هو لم ينفذ التزامه الناشيء عن العقد أو إذا تأخر فى تنفيذه، ويستوى فى ذلك أن يكون عدم قيام المدين بالالتزام أو التأخير فى تنفيذه ناشئاً عن عمده أو عن إهماله[٢]. كما يستوى أن يكون عدم التنفيذ كلياً أو جزئياً أو حتى مجرد التأخير فيه [٣].

٢ - كيفية تحديد الخطأ العقدى للمدين :

لكن لمعرفة متى يعتبر المدين أنه لم ينفذ التزامه؟ فإن الأمر يتوقف فى الحقيقة على مضمون الالتزام ومداه. ذلك أن الالتزام قد يفرض على المدين تحقيق نتيجة معينة، وهذا هو الالتزام المحدد أو الالتزام بتحقيق غاية أو نتيجة، وقد يفرض عليه التزاماً

---

(١) نقض ١٩٥٥/٣/١٠ الطعن ١٢٣ لسنة ٢١ق، ١٩٧٢/١٢/١٢ س٢٣ ص١٣٦٤، ١٩٨٣/١٢/٨ الطعن ٨٧٣ لسنة ٤٩ق.

(٢) السنهورى ، الوجيز ، فقرة ٢٧٩ ص ٢٥٣ ، توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ٣٠٩ ص ٢٦٨

(٣) عبدالمنعم البدراوى ، المرجع السابق ، فقرة ٣٢٠ ص ٤١٢.

عاماً بمراعاة الحيطة والتبصر، وهذا هو الالتزام بوسيلة أو الالتزام ببذل عناية (١).

فإذا كان المتعاقد قد تعهد بتحقيق نتيجة معينة، أى أن تنفيذ التزامه الناشىء عن العقد لا يكون إلا بتحقيق نتيجة أو غاية معينة، كالتزامه بنقل ملكية شيء، أو بتسليم عين، أو بإقامة مبنى أو بالامتناع عن المنافسة، فإن عدم تحقيق هذه النتيجة أو الغاية يعتبر فى ذاته عدم تنفيذ للالتزام. ويكفى الدائن أن يثبت أن النتيجة التى وعد بها المدين لم تتحقق، فيكون بذلك قد أثبت خطأ المدين. ولا يستطيع المدين فى سبيل نفى خطئه أن يثبت أنه بذل كل ما فى وسعه من الجهد لتحقيق النتيجة. وإنما هو لا يمكنه أن ينفى مسؤوليته إلا بنفى علاقة السببية، بأن يثبت أن عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبى لا يد له فيه، كقوة قاهرة أو فعل الدائن نفسه أو فعل الغير(٢).

أما إذا كان التزام المدين الناشىء عن العقد التزاماً يبذل عناية، أى يفرض عليه بذل جهد معين دون أن يكون ملزماً ببلوغ غاية معينة أو تحقيق نتيجة معينة، كالتزام الطبيب بالعلاج، أو التزام المحامى بالدفاع، فإن عدم التنفيذ، أى الخطأ العقدى، هو عدم بذل هذا الجهد أى عدم تقديم العناية الواجبة. وفى هذه الحالة ينبغى على الدائن إثبات الخطأ، أى أنه يثبت تقصير المدين فى بذل هذه العناية الواجبة. والأصل أن العناية الواجب على المدين أن يبذلها فى تنفيذ التزامه، هى عناية الشخص العادى، هذا إلا إذا قضى القانون أو الاتفاق بغير ذلك (٣).

---

(١) انظر دراسة تفصيلية فى المقارنة بين الخطأ العقدى فى فقه القانون الوضعى والفقه الاسلامى، السنهورى، مصادر الحق، جزء ٦، من ص ١٣٨ إلى ص ١٦٧. وانظر ايضا دراسة تفصيلية فى القانون الفرنسى:

F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, op.cit. no 5 r1 p. 508 ets.

وبالنسبة للالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية انظر: No 552, p. 519 et S.

(٢) انظر نقض ١٩٥٥/٣/١٠، الطعن ١٢٣ لسنة ٢١ ق، ١٩٦٨/١٢/٥ س ١٩ ص ١٤٩٠، ١٩٧٠/١١/٢٤ س ٣١ ص ١١٤٨، ١٩٩٢/١/١ الطعن ٢٥٨٨ لسنة ٦١ ق وانظر فى تطبيق الالتزام بتحقيق نتيجة نقض ١٩٦٧/١٢/٢٨ س ١٨ ص ١٩٦٦ وهو خاص بالتزام المقاول.

(٣) وقد عرضت المادة ٢١١ من التقنين المدنى المصرى لهذا النوع من الالتزام، فنصت على ما يأتى:
١- فى الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو يتوخى الحيطة فى تنفيذ التزامه، فإن المدين يكون قد وفّى بالالتزامات إذا بذل فى تنفيذه من = =

وعلى ذلك فلمعرفة متى يتوافر الخطأ العقدى للمدين، أى عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدى، ينبغى أن نميز بين الالتزام بتحقيق غاية أو نتيجة والالتزام ببذل عناية .فالالتزام بتحقيق غاية أو نتيجة يكون الخطأ العقدى فيه هو عدم تحقيق هذه الغاية أو تلك النتيجة، والالتزام ببذل عناية يكون الخطأ العقدى فيه هو عدم بذل العناية المطلوبة.

– واثبات الخطأ الموجب للمسئولية العقدية على أحد المتعاقدين هو تقدير موضوعى تستقل به محكمة الموضوع في حدود سلطتها التقديرية ما دام استخلاصها سائغا [1] .

ثانياً : الضرر :

ونعرض هنا لضرورة توافر ركن الضرر وأنواعه، ثم بعد ذلك نقف على نطاق هذا الضرر .

١ – ضرورة الضرر – وأنواعه :

لكى تقوم المسؤولية العقدية، لا يكفى أن يتوافر الخطأ فى جانب المدين، بل لابد من أن يترتب على الخطأ ضرر يصيب الدائن من جراء عدم تنفيذ الالتزام العقدى. وقد يكون الضرر الذى يصيب الدائن ضرراً مادياً أو أدبياً (م ١/٢٢٢ مدنى مصرى) .

أ – الضرر المادى وشروطه : والضرر المادى هو ما يصيب الدائن فى ماله من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدى. ويجب أن يكون هذا الضرر حالاً، أى

= = العناية كل ما يبذله الشخص المعتاد، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غيره. وفى كل حال يبقى المدين مسؤولا عمّا يأتيه من غش أو خطأ جسيم، ويطابق هذا النص المادة ٢١٢ من التقنين المدنى السورى، والمادة ٢١٤ من التقنين المدنى الليبى، ويوافق هذا النص المادة ٢٥١ من التقنين العراقى والمادة ٢٨٥ من قانون الموجبات لبنانى، انظر ايضا المادة ٣٥٨ من التقنين الأردنى.

(١) نقض ١٩٧٠/٤/٣٠ س ٢١ ص ٧٥٦، ١٩٨٧/٢/١٦ الطعن ٢٣٦٨ لسنة ٥٢ ق ١٩٨٩/١٢/١٢ الطعن ٣٨٨ لسنة ٥٧ ق.

واقع بالفعل، أو على الأقل يكون محقق الوقوع في المستقبل، في هذه الحالة إذا كان لا يمكن تقدير التعويض عن الضرر في الحال، فإنه يجب الانتظار حتي يعرف مداه.

• وعلى ذلك إذا لم يقع ضرر أصلاً فلا تعويض. فإذا كلف الموكل وكيله أن يقيد رهناً لمصلحته، ثم لا يقوم الوكيل بقيد الرهن. ويتبين بعد ذلك أن العقار المرهون كان قبل الرهن مستغرقاً بالديون، فلا تعويض للموكل إذا لم يلحقه ضرر.

• وإذا لم يقع الضرر في الحال، فيجب أن يكون محقق الوقوع في المستقبل. فإذا تعاقد مصنع على استيراد خامات ليدخرها وقت الحاجة، فيخل المورّد بالتزامه، فالضرر هنا لا يلحق المصنع في الحال، ولكن يلحقه في المستقبل عندما تنفذ الخامات عنده، ويصبح في حاجة إلى الجديد الذى تعاقد على استيراده. وفي هذه الحالة يستطيع أن يقدر القاضي التعويض في الحال، رغم أن الضرر محقق الوقوع في المستقبل. ولكن قد يحدث أن الضرر المستقبل المحقق الوقوع لا يستطاع تقدير التعويض عنه في الحال، كراكب يصاب بحادث أثناد النقل ولا يعرف مدى إصابته إلا بعد وقت غير قصير. ففي هذه الحالة يجب الانتظار حتى يعرف مدى الضرر ، وبالتالى يمكن تقدير التعويض عنه[1] .

• وقد يكون الضرر محتملاً، لا هو قد تحقق فعلاً، ولا هو محقق الوقوع في المستقبل، ففي هذه الحالة لا يعوض عن الضرر إلا إذا تحقق بالفعل. فإذا أحدث المستأجر بالعين المؤجرة خللاً يخشى معه أن تنهدم العين، فالخلل ضرر حالّ يمكن التعويض عنه فوراً، لكن تهدم العين ضرر محتمل فلا يعوض عنه المؤجر إلا إذا تحقق بالفعل .

ب - **الضرر الأدبى** : وكما يكون الضرر مادياً، فإنه يكون أدبياً. فقد يلحق الدائن ضرر أدبى من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدى. واذا كان الغالب أن يكون الضرر في المسؤولية العقدية مادياً، إلا أن الضرر قد يتصور أن يكون أدبياً، إذا

---

(١) انظر في تفصيل ذلك السنهورى، الوجيز، فقرة ٢٨٥، ص ٢٦٠.

ترتب على إخلال المدين بالتزامه العقدى ضرر أدبى. فالناشر إذا نشر كتابا لمؤلف فشوهه ، قد لا يصيب المؤلف بضرر مادى، ولكن المحقق أن يصيبه بضرر أدبى، وقد يذيع الطبيب سراً للمريض لا تجوز إذاعته، فيصيب المريض بضرر أدبى فى سمعته، والراكب الذى يصاب فى حادث أثناء النقل ويترتب عليه إصابة مشوهة، فإن الضرر الذى يحيق بالراكب يكون ضررا أدبياً، إلى جانب الضرر المادى الناشىء عمّا دفعه فى العلاج. والتعويض عن الضرر الأدبى واجب فى المسؤولية العقدية كما هو واجب على الضرر المادى .

٢ - نطاق الضرر :

أ - الأصل : إذا كان الدائن يعوض عن الضرر المادى والضرر الأدبى الناشىء عن الأخلال بالالتزام التعاقدى، فإنه فى حالة المسؤولية العقدية لا يعوض إلا عن الضرر المباشر المتوقع فقط (م ٢٢١ مدنى مصرى) وذلك خلافا للمسوولية التقصيرية ، حيث يعوض الدائن فى هذا النوع الأخير من المسؤولية عن الضرر المباشر متوقعاً كان أو غير متوقع [(١)]. والضرر المباشر هو ما يكون نتيجة طبيعية لخطأ المسئول إذا لم يكن فى الاستطاعة توقيه ببذل جهد معقول [(٢)].

والضرر المتوقع هو الضرر الذى يدخل فى توقع الطرفين عند إبرام العقد، أى يدخل فى نطاق العقد مع الاعتداد فى تقديره بقيمة الالتزام فى الوقت المحدد اتفاقا [(٣)]. فمن يتعهد بنقل طرد به كتب ، ويفقد فى الطريق بخطئه ، فلا يسأل عمّا قد يكون بها من أشياء ثمينة، لأن الضرر الذى يصيب الدائن من جراء فقد الأشياء الثمينة يعتبر ضرراً غير متوقع وقت العقد، وذلك بخلاف الكتب، إذ الضرر الناشىء عن فقدها يعتبر ضرراً متوقعا وقت العقد .

وتوقع المدين الضرر يقاس بمعيار موضوعى لا بمعيار ذاتى ، فيعتد بالضرر الذى يتوقعه الشخص المعتاد فى مثل هذه الظروف الخارجية التى وجد فيها المدين، لا

---

(١) نقض ١٩٨٤/٦/٦ الطعن ١٠٧٠ لسنة ٥٣ ق.

(٢) انظر نص المادة ١/٢٢١ مدنى ، نقض ١٩٨٤/٦/٦ الطعن ١٠٧٠ لسنة ٥٣ ق

(٣) ١٩٨٧/٢/١٦ الطعن ٢٣٦٨ لسنة ٥٢ ق.

الضرر الذى يتوقعه هذا المدين بالذات . فإذا أهمل المدين فى تبين الظروف التى كان من شأنها أن تجعله يتوقع الضرر، فإن الضرر يعتبر متوقعاً لأن الشخص المعتاد لا يهمل فى تبين هذه الظروف [١].

ب - الاستثناء : وإذا كان الأصل أنه لا يعوض فى المسئوولية العقدية إلا عن الضرر المباشر المتوقع، إلا أنه إذا ارتكب المدين غشاً أو خطأ جسيماً، فإنه يلتزم بتعويض الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع [٢]. ولا شك أن هذا النوع من الجـزاء يقرره القانون على المدين فى حالة المسؤولية العقدية، فيزيد من مقدار التعويض نتيجة لغش المدين أو خطئه الجسيم .

- ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، ولا يمنع القـانون أن يحسب في الكسب الفـائت ما كـان المضرور يأمل الحصول عليه من كسب ما دام لهذا الأمل أسباب مقبوله، ذلك أنه اذا كانت الفرصة أمر محتملا فإن تفويتها أمر محقق يجب التعويض عنه وإن تقدير التعويض يعتبر من مسائل الواقع التى لا يلتزم فيهـا قـاضى الموضـوع إلا بايضـاح عناصـر الضـرر الذى من أجله قـضى بالتعويض [٣].

اثبات الضرر : ويقع على عاتق الدائن إثبات الضرر الذى أصابه من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخر فيه. لكن متى وجد شرط جزائي فى العقد فان تحقق مثل هذا الشرط يجعل الضرر واقعا فى تقدير المتعاقدين فلا يكلف الدائن باثباته لأن وجوده يقوم قرينة قانونية غير قاطعة على وقوع الضـرر ويكون على المدين فى هذه الحالة إثبات عدم تحقق الشرط أو إثبات عدم وقوع الضرر[٤] .

ثالثاً : رابطة السببية بين الخطأ والضرر:

يلزم لقيام المسؤولية العقدية أن يتوافر إلى جانب الخطأ والضرر، عنصر آخر هو

---

(١) السنهورى ، الوجيز ، فقرة ٢٨٨ ص ٢٦٤ ، نقض ١٩٨٠/٥/٢٩ س ٣١ ص ١٥٦٧.

(٢) نقض ١٩٨٠/٥/٢٩ السابق الاشارة إليه .

(٣) نقض ١٩٨٩/١٢/١٠ الطعن ٣٨٩ لسنة ٥٧ ق ، ١٩٨٩/١٢/١٢ الطعن ٣٨٨ لسنة ٥٧ ق.

(٤) انظر نقض ١٩٨٣/١/١١ الطعن ٧٤٣ لسنة ٤٩ ق.

علاقة السببية بينهما . فيلزم أن يكون الضرر نتيجة لخطأ المدين، أى أن المدين هو الذى تسبب بخطئه فى إحداث الضرر . فإذ إنقطعت الصلة بين الخطأ والضرر، لا تقوم المسؤولية ، فقد لا يرجع الضرر إلى خطأ المدين، ولكن إلى سبب أجنبى، أى أنه يرجع إلى قوة قاهرة، أو إلى خطأ الدائن نفسه أو إلى فعل الغير (م ٢١٥ مدنى مصرى) .

– وإذا كانت رابطة السببية بين الخطأ والضرر مفترضة، بحيث لا يكلف الدائن بإثباتها، وإنما يقوم بإثبات ركنى الخطأ والضرر، فيفترض توافر علاقة السببية ، والمدين لا يستطيع أن ينفى علاقة السببية إلا بإثبات السبب الأجنبى، وذلك بأن يثبت أن الضرر يرجع إلى قوة قاهرة أو حادث فجائى، أو يرجع إلى خطأ الدائن، أو يرجع إلى فعل الغير.

فمثلاً فى عقد نقل البضائع، إذا كان عامل النقل يقود المركبة التى ينقل فيها بضائع الدائن بسرعة أكبر مما يجب، ولكن البضائع كانت قابلة للكسر ولم يغلفها صاحبها التغليف المعتاد الذى به يأمن عليها من الكسر أو التلف، فإذا تلفت هذه البضائع أو انكسرت ، فيكون الضرر الذى أصاب الدائن فى هذه الحالة غير ناشىء من خطأ المدين، **بل من خطأ الدائن نفسه،** لأن هذه البضاعة كانت تنكسر حتى ولو كان عامل النقل يسير بسرعة معتدلة، فسبب الضرر هنا ليس خطأ المدين بل هو خطأ الدائن نفسه .

وفى هذا المثال نفسه لو إن الدائن قد قام بتغليف البضائع تغليفاً معتاداً يحفظها من الكسر أو التلف، وأن عامل النقل كان يقود المركبة التى تنقل فيها البضائع بسرعة أكبر مما يجب، ولكن حدث أن هطلت سيول مفاجئة أدت إلى إتلاف البضائع، أو أن هبطت الأرض فجأة فانقلب القطار مما ترتب عليه تلف البضائع، ففي كل هذه الأحوال رغم أن عامل النقل يقود المركبة بسرعة كبيرة إلا أن الضرر الذى نشأ لم يكن سببه ذلك الخطأ وإنما سببه السيول، أو هبوط الأرض **أى القوة القاهرة** ، أى أنه تنتفى علاقة السببية بين خطأ المدين والضرر .

أو قد يرجع هذا الضرر إلى خطأ الغير، كما لو أن الدائن قد عهد بتغليف هذه

البضائع إلى شخص متخصص فى ذلك ولم يقم بتغليفها التغليف المعتاد بحيث يأمن عليها من التلف ، وعندما كان متعهد النقل يقود المركبة بسرعة كبيرة فقد حدث أن تلفت البضاعة . ففي هذه الحالة الضرر الناشيء ، وهو تلف البضاعة لم يكن نتيجة السرعة ، وإنما كان نتيجة سوء التغليف، لا يرجع إلى خطأ المدين **وإنما يرجع إلى خطأ الغير** ، لأن هذه البضاعة كانت تتكسر وتتلف ولو لم يكن متعهد النقل يقود المركبة بسرعة كبيرة، وبالتالى تنتفى علاقة السببية بين خطأ المدين والضرر الذى أصاب الدائن .

الفرع الثانى : الاتفاقات المعدلة لقواعد المسؤولية العقدية

يتضح لنا مما سبق أن المسؤولية العقدية تنشأ عن عدم تنفيذ العقد، فهى جزاء لقوته الملزمة. لكن هذا العقد ينشأ عن إرادة المتعادين، كما يتحدد نطاقه ومضمونه وفقاً لهذه الإرادة. والقوة الملزمة توجب تنفيذ العقد فى جميع ما اشتمل عليه، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. وعلى ذلك فإنه فى الواقع والحقيقة أن نطاق المسؤولية العقدية تحدده إرادة المتعاقدين، ولهذا يكون لتلك الإرادة حرية تعديل هذه المسؤولية ، سواء بالتشديد أو بالتخفيف أو حتي بالإعفاء، وذلك فى حدود النظام العام والآداب. أما المسؤولية التقصيرية فالذى يحدد سببها ونطاقها هو القانون، ولذلك لا يجوز تعديل قواعدها بالاتفاق. ونعرض لتحديد نطاق هذه الاتفاقات ، ثم بعد ذلك نبحث صور هذه الاتفاقات .

أولا : تحديد نطاق هذه الاتفاقات :

تعرض فى الحياة العملية العديد من الاتفاقات التى تتعلق بالمسؤولية العقدية، فيجب أن نبحث هذه الاتفاقات ، وذلك لنحدد ما يعنينا منها، وخاصة التى تهدف الى تعديل المسؤولية، سواء من حيث التخفيف منها أو التشديد فيها أو الإعفاء منها كلية .

- فمن الاتفاقات المتعلقة بالمسؤولية نجد أولاً تأمين المسؤولين . من ذلك مثلا أن

يؤمن الناقل عن مسؤوليته أى ما قد يتعرض له من رجوع بسبب الأضرار التى تصيب الأشخاص أو الأشياء التى تعهد بنقلها. وعقد التأمين على المسؤولية من شأنه أن يلقى بعبء المسئولية من المدين المسؤول إلى المؤمن مقابل قسط معين. وهذا الاتفاق لا يدخل فى نطاق الاتفاقات المعدلة لقواعد المسؤولية العقدية، وإنما هو نوع من أنواع التأمين ، مجال الكلام عنه بصدد عقد التأمين (١) .

– وهناك من الاتفاقات المتعلقة بالمسؤولية ما يجرى بين طرفى العقد ، والتى تتم بعد وقوع الضرر بالفعل. مثل هذه الاتفاقات يقصد بها تحديد النتائج التى تترتب على الضرر، كتحديد مقدار التعويض أو حتى النزول عنه كلية. وهذه الاتفاقات هى من قبيل عقود الصلح ، وهى جائزة . ولا نعرض لها هنا (٢) .

– والذى يهمنا هنا الاتفاقات التى تجرى بين طرفى العقد قبل وقوع الضرر. وهى غالباً ما ترد فى العقد نفسه المنشيء للالتزام القائم بين الدائن والمدين. تهدف هذه الاتفاقات إلى تحديد مسؤولية المدين فى الحالة التى لا ينفذ فيها التزامه. ومن هذه الاتفاقات ما قد يهدف إلى تقدير التعويض مقدماً. ويسمى هذا بالشرط الجزائى أو التعويض الاتفاقي، ويخرج هذا الموضوع عن نطاق دراستنا، حيث يدرس بين موضوعات أحكام الالتزام. ما نريد الكلام عنه هنا هى تلك الاتفاقات التى من شأنها تعديل قواعد المسؤولية العقدية، وهى قد تهدف إلى التخفيف منها أو التشديد فيها أو الاعفاء منها كلية. وهذه الاتفاقات جائزة فى حدود معينة كما سنرى .

ثانيا : صور هذه الاتفاقات :

ونعرض هنا لصورتين من صور الاتفاقات المعدلة لقواعد المسؤولية العقدية، أولاً: الاتفاق على تشديد المسؤولية العقدية، وثانياً : الاتفاق على تخفيف المسؤولية أو الإعفاء منها (٣) .

---

(١) قارن نقض ١٩٦٨/٤/٤ س ١٩ ص ٧٢٩.

(٢) قارن عبدالمنعم البدراوى ، المرجع السابق، فقرة ٢٣٠، ص ٤٢٢ و ٤٢٣.

(٣) وقد وردت أحكام هذه الاتفاقات فى نص المادة ٢١٧ من التقنين المدنى المصرى، وورد نص مطابق له فى المادة ٢١٨ من التقنين المدنى السورى، والمادة ٢٢٠ من التقنين المدنى الليبى والمادة ٢٥٩ من التقنين المدنى العراقى .

١ - الاتفاق على تشديد المسؤولية العقدية : يجوز الاتفاق على تشديد مسؤولية المدين فى العقد. ومن هذا القبيل الاتفاق على أن يتحمل المدين مسؤولية عدم التنفيذ حتى لو حالت دون التنفيذ قوة قاهرة، أى أن المدين يتحمل تبعة الحادث المفاجىء والقوة القاهرة. ومن ذلك أيضاً أن ينص فى العقد على أن المدين لا يبرأ إلا بحوادث جبرية معينة يعددها الطرفان، إذ إن هذا المعنى يعنى تحمل مسؤولية عدم التنفيذ الذى يرجع لغير هذه الحوادث .

كل هذه الاتفاقات صحيحة وجائزة. ويمكن اعتبارها نوعاً من التأمين، من حيث إن المدين يؤمن الدائن ضد خطر القوة القاهرة أو الحادث المفاجىء ، ويكون ذلك عادة فى مقابل زيادة فى المقابل الذى يتقاضاه المدين من العقد [١] .

٢ - الاتفاق على تخفيف المسؤولية أو الإعفاء منها : يجوز أيضاً على تخفيف المسؤولية العقدية أو الإعفاء منها . ولكن ليس هذا مطلقاً ، وإنما يرد عليه قيدان :

القيد الأول : لا يجوز الإعفاء من المسؤولية العقدية أو التخفيف منها فى حالة غش المدين أو خطئه الجسيم . وعلى ذلك فإن الاتفاق على الحد من المسؤولية أو الإعفاء منها لا ينصرف إلا إلي حالة الخطأ غير العمدى أو التافه. ولا يجوز الإعفاء من فعل المدين العمد أو عن خطئه الجسيم أو الحد من آثارهما، وإلا كان التزام المدين معلقاً على شرط إرادى محض ، إذا شاء نفذه وإذا شاء لم يقم بالتنفيذ[٢]. لكن يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية عن الغش والخطأ الجسيم الذى يقع من الغير الذى يستخدمهم المدين فى تنفيذ التزامه . وفى هذه الحالة لا ينزل غش الغير أو خطؤه منزلة غش أو خطأ المدين نفسه [٣].

القيد الثانى : لا يجوز الإعفاء من المسؤولية العقدية أو التخفيف منها، وذلك

---

(١) انظر فى ذلك عبدالمنعم البدراوى، المرجع السابق ، فقرة ٣٣٢ ص ٤٢٥ ، السنهورى الوجيز، فقرة ٢٨٣ ص ٢٥٨ .

(٢) عبدالمنعم البدراوي ، المرجع السابق ، فقرة ٣٣٣ ، ص ٤٢٥ .

(٣) توفيق فرج ، المرجع السابق، فقرة ٢١٢، ص ٢٧٢ .

بالنسبة للأضرار التي تصيب الأنسان في كيانه المادى أو الأدبى . فسلامة الإنسان فى جسمه وكيانه الأدبى وشرفه لا يجوز أن يكون موضوع اتفاق. وكذلك كل ما يدخل في دائرة الحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان(1) . وقد نصت المادة ١٣٩ موجبات وعقود صراحة على ذلك بقولها أن «هذا الإبراء ينحصر فى الأضرار المادية لا فى الأضرار التى تصيب الأشخاص إذ أن حياة الأنسان وسلامته الشخصية هما فوق كل اتفاق» .

وبناء على ذلك فإن الناقل لا يجوز أن يعفى نفسه من المسؤولية عن الحوادث التى تصيب المسافرين فى أشخاصهم . ولا يستطيع الطبيب أن يشترط عدم مسؤوليته عن الضرر الذى يصيب المريض فى أثناء العلاج أو من جراء عملية جراحية إذا وقع ضرر بسبب خطئه أو إهماله وإن كان يسيراً(٢).

المطلب الثانى : القواعد الخاصة بالعقود الملزمة للجانبين

الفسخ والدفع بعدم التنفيذ : وهو تحلل من العقد تنفرد به العقود الملزمة للجانبين ، فالخصيصة الأساسية للعقد الملزم للجانبين هى ذلك الترابط، أو التشابك والتداخل، بين الالتزامات الناشئة عنه على عاتق طرفيه، ويترتب على هذا الترابط أن ما قد يعرض لالتزام أحد الطرفين يكون له أثر على التزام الطرف الآخر، وذلك من نواحٍ ثلاث :

فإذا طالب أحد الطرفين الآخر بتنفيذ التزامه، دون أن يكون هو قد وفّى بما هو مستحق عليه، فإن للطرف الآخر أن يمتنع عن تنفيذ التزامه متمسكاً بالدفع بعدم التنفيذ. فعدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزامه ، يترتب عليه جواز وقف القوة الملزمة للعقد بالنسبة للطرف الآخر ، فيكون امتناعه عن التنفيذ امتناعاً مشروعاً(٣).

(١) وقد جاء هذا القيد صراحة فى القوانين العربية ، كقانون الموجبات والعقود اللبنانى، ويرى الفقه فى مصر الأخذ به رغم عدم وجود نص . وقد أخذ به المشرع المصرى صراحة فى النصوص الخاصة بعقد الإيجار (م ٢/٥٦٥) ويجرى القضاء الفرنسى على الأخذ به.

(٢) انظر عبدالمنعم البدراوى ، المرجع السابق، فقرة ٣٣٣، ص ٤٢٦، ٤٢٧.

(٣) قارن رسالتنا السابق الإشارة إليها .

وقد يترتب على تخلف أحد الطرفين عن تنفيذ التزامه حل الرباط العقدى، لا مجرد وقف تنفيذه عن طريق الدفع بعدم التنفيذ. إذ يحق للطرف الآخر أن يلجأ إلى القضاء طالباً فسخ العقد .

وإذا كان عدم تنفيذ الالتزام راجعاً إلى استحالة بسبب أجنبى، فإن الالتزام ينقضى كقاعدة عامة، وإذا كان العقد ملزماً للجانبين فإن انقضاء التزام أحد الطرفين باستحالة تنفيذه بسبب أجنبى يترتب عليه انقضاء الالتزام المقابل لارتباطه، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه، فتقع تبعة العقد على المدين فى الالتزام الذى استحال تنفيذه، إذ يفقد حقه فى الالتزام المقابل .

فلنعرض لهذه النقاط فى الفقرات التالية :

الفرع الأول : الفسخ

فسخ العقد هو حل الرابطة العقدية، فى العقود الملزمة للجانبين ، نتيجة عدم قيام أحد الطرفين بتنفيذ التزامه. على أن فسخ العقد قد يكون نتيجة تحقق شرط فاسخ اقترن به . وكما قلنا قد يقع الانفساخ بقوة القانون إذا استحال على أحد الطرفين تنفيذ التزامه بسبب أجنبى عنه .

وعلى ذلك يجب أن ندرس على التوالى . الفسخ القضائى، ثم الفسخ الاتفاقى أو الشرط الفاسخ ، وأخيراً انفساخ العقد بقوة القانون .

أولاً الفسخ القضائى :

القاعدة أنه في العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوفّ أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر ، بعد إعذاره المدين، أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتضى (م ١٥٧/ ١ مدنى) .

ويجوز القاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوفّ به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته [(١)] . (م ٢/١٥٧ مدني) .

---

(١) انظر المادة ١٥٧ مدنى مصرى، وما يطابقها من نص المادة ١٥٨ مدنى سورى، والمادة ١٥٩ مدنى ليبى، وما يتفق معها من نص المادة ١٧٧ مدنى عراقى، والمواد ٢٣٩- ٢٤١ من قانون الموجبات اللبنانى ، والمادة ٢٤٦ مدنى أردنى .

وعلى ضوء هذه القواعد، يجب أن نعرض لشروط المطالبة بالفسخ القضائي وسلطة القاضي في الحكم بالفسخ ، ثم بعد ذلك لآثار الفسخ .

١ – شروط المطالبة بالفسخ وسلطة القاضي في الحكم بالفسخ :

يجب توافر شروط ثلاثة ، حتى يمكن المطالبة بالفسخ :

الشرط الأول : أن يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين . ففي هذه العقود يكون هناك ترابط بين الالتزامات المتقابلة . فالعدالة تقضي بعدم التزام شخص بعقد لم ينفذه الطرف الآخر . وعلى ذلك فإذا كان من شأن عدم تنفيذ أحد العاقدين لالتزاماته أو لبعض منها أن يخل بالتعادل المقصود من الطرفين في العقود الملزمة للجانبين بين الالتزامات التي ينشئها العقد على عاتق كل منهما، كان للطرف الآخر أن يتحلل من التزاماته عن طريق الفسخ [١] . وهذا فارق هام بين العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد، حيث لا يتصور الفسخ في هذه الطائفة الأخيرة من العقود، إذ لا يوجد إلا ملتزم واحد، فلا يوجد ترابط بين الالتزامات، ولا يكون أمام الطرف الآخر – غير ملتزم – إلا أن يطالب بتنفيذ العقد، تنفيذاً عينياً أو بمقابل.

وهذا الشرط عام في جميع حالات الفسخ سواء في الفسخ القضائي أو الاتفاقي، أو الانفساخ القانوني. كما أنه عام من ناحية أن كل العقود الملزمة للجانبين يرد عليها الفسخ [٢] .

---

(١) انظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٦٣ ص ٣٢٧، وقارن عبدالمنعم البدراوي، المرجع السابق ، فقرة ٣٨٢ ص ٤٨٨ ، وقارن السنهوري ، المرجع السابق ، الوجيز ، فقرة ٢٩٤ ص ٢٦٨، توفيق فرج ، المرجع السابق، فقرة ٢٣٢، ص ٢٩١ .

(٢) انظر الاستثناء الوارد في المادة ١٩٧٨ مدني فرنسي والمادة ١٠٣١ موجبات وعقود لبناني والخاص بعقد الايراد المرتب مدى الحياة حيث أنه لا يجوز للدائن طلب فسخ العقد إذا لم يقم المدين بالوفاء بالأقساط المستحقة، وإنما يكون له فحسب أن يطلب التنفيذ العيني .

انظر :

Chr. Larroumet, op.cit., no 707 p. 767

الشرط الثانى : أن يكون أحد العاقدين قد أخل بالتزامه. فالفسخ يتضمن معنى الجزاء.، فلا يكفى أن يكون أحد العاقدين لم ينفذ التزامه، بل يجب أن يكون ذلك راجعاً إلى خطئه .

فإذا كان عدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه يرجع إلى سبب أجنبى، فإن الالتزام ينقضى، وينقضى معه الالتزام المقابل له، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه بحكم القانون. وهذا هو انفساخ العقد كما سوف نرى فيما بعد .

كما أنه لا محل للفسخ، إذا كان عدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه راجعاً لخطأ المتعاقد الآخر، فإذا لم ينفذ أحد العاقدين التزامه، فامتنع الآخر عن تنفيذ التزامه متمسكاً بالدفع بعدم التنفيذ، فلا يجوز للعاقد الأول أن يطلب الفسخ إلا إذا كان مستعداً لتنفيذ التزامه فأصرّ الآخر على عدم التنفيذ[1] .

نخلص مما سبق أنه لا بدّ إذن من أن يكون التنفيذ راجعاً إلى خطأ المدين، ويلاحظ أنه لا يشترط أن يكون عدم التنفيذ كلياً، بل يكفى أن يكون عدم التنفيذ جزئياً أو يكون التنفيذ معيباً .

الشرط الثالث : أن يكون طالب الفسخ قادراً على إعادة الحالة إلى ما كانت عليه. حيث إن فسخ العقد يقتضى إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كان عليها قبل التعاقد . وعلى ذلك إذا كان طالب الفسخ قد تسلم شيئاً وأصبح عاجزاً عن ردّه، كما لو تسلم المشترى بعض المبيع وتصرف فيه إلى آخر، فلا يجوز له عندئذ طلب الفسخ، لأن بمقتضى التزامه بالضمان تجاه المشترى منه لا يستطيع أن يسترد منه الشىء ليرده إلى الطرف الآخر، وعندئذ لا يبقى أمامه سبيل إلا طلب التنفيذ العينى، إذ كان ما زال ممكناً أو التعويض .

– أما إذا كان المدعى عليه فى دعوى الفسخ هو الذى استحال عليه أن يعيد الحالة الى ما كانت عليه قبل التعاقد ، فإن ذلك لا يحول دون الحكم بالفسخ، ويقضى عليه عندئذ بالتعويض بدلاً من الرد عيناً .

---

(١) انظر فى ذلك نقض ١٩٦٩/٤/٨ س ٢٠ ص ٥٧١ .

ضرورة إعذار المدين : إذا توافرت الشروط السابقة كان للدائن أن يطلب الفسخ إلاأنه يتعين لكى يكون له ذلك أن يقوم بإعذار المدين. فالإعذار ليس شرطاً من شروط الفسخ، ولكنه إجراء لازم لتنبيه المدين، حتى يتسنى للدائن مباشرة حقه، فى طلب الفسخ .

والإعذار يتم بإنذار المدين أو ما يقوم مقام الإنذار. ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين فى قانون المرافعات ، كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضى بأن المدين يكون معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أى إجراء آخر . (م ٢١٩ مدنى) .

على أنه لا ضرورة للإعذار إذا أصبح تنفيذ الإلتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين ، أو إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه . ومع ذلك فإن مجرد رفع دعوى الفسخ يعد إعذاراً كافياً (م ٢٢٠ مدنى) .

ويقوم مقام الانذار كل ورقة رسمية يدعو فيها الدائن المدين إلى الوفاء بالتزامه ويسجل عليه التأخير فى تنفيذه، ولا يتطلب القانون أن تتضمن الورقة فوق ذلك تهديد المدين بطلب فسخ العقد فى حالة عدم وفائه بالتزامه، ذلك لأن الفسخ والتعويض كليهما جزاء يرتبه القانون على تخلف المدين عن الوفاء بالتزامه فى العقود الملزمة للجانبين وليس بلازم أن ينبه المدين اليهما قبل رفع الدعوى بطلب ايهما [(١)] .

سلطة القاضى التقديرية : إذا ما توافرت شروط الفسخ . وقام الدائن بإعذار المدين على النحو السابق بيانه، فإن القاضى لا بلزم – مع ذلك – بالإستجابة إلى طلب الدائن بالفسخ . فذلك جوازى بالنسبة للقاضى، فله سلطة تقديرية فى الحكم بالفسخ أو بتنفيذ العقد . كما أنه يجوز للدائن طالب الفسخ أن يعدل عن طلبه أثناء نظر الدعوى ويطالب بالتنفيذ . وللمدين أن يتوقّى طلب الفسخ إذا قام بتنفيذ التزامه ولو كان ذلك أثناء نظر الدعوى وقبل صدور الحكم النهائى [(٢)] . ويستوى فى ذلك

---

(١) نقض ١٩٦٤/١١/١٢ س ١٥ ص ١٠٢٨ .

(٢) نقض ١٩٦٥/٣/٢٥ س ١٦ ص ٤١٣، ١٩٦٧/٤/٢٠ س١٨ص ٨٥٩ ، ١٩٨٤/٥/٢٢ س ٣٥ ، ص ١٣٩٠، ١٩٨٤/١٠/٣١ الطعن ١٨١٤ لسنة ٥٠ ق.

أن يكون المدين حسن النية أو سيء النية إذ محل ذلك لا يكون إلا عند النظر في التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام [١] لكن يشترط ألا يكون لهذا الوفاء المتأخر من جانب المدين مما يضار به الدائن . فاذا كان ذلك للمحكمة أن تقضى مع ذلك بالفسخ [٢] .

– ويجوز للقاضى أن يرفض الاستجابة إلى طلب الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته[٣] ، ويجوز له فى هذه الحالة أن يمنح المدين أجلاً للتنفيذ، أى نظرة ميسرة، وذلك إذا وجد القاضى فى ظروف المدين ما يبرر ذلك، كأن يكون له عذر مقبول فى التأخر فى الوفاء، أو يكون الدائن لم يصبه ضرر يذكر من هذا التأخير [٤]. ولا يحول دون منح القاضى مهلة للمدين أن يكون الدائن قد سبق وأعذر المدين ، ولا يستطيع القاضى فى هذه الحالة أن يعطى المدين مهلة جديدة، بل إن عدم الوفاء خلال الأجل الممنوح للمدين من القاضى يترتب عليه فسخ العقد حتى ولو لم ينص القاضى فى حكمه على ذلك .

– ويجوز للقاضى أن يحكم بالفسخ إذا رأى أن هناك ظروفاً تبرر ذلك، كأن يتبين له أن المدين تعمد عدم التنفيذ، أو أهمل فيه إهمالاً واضحاً، أو تأخر فيه تأخراً طويلاً رغم إعذاره. وقد يطالب الدائن المدين بتعويض إلى جانب طلبه بالفسخ .

– وللمحكمة سلطة تقديرية فى هذا الخصوص . فقد يحكم القاضى بالفسخ فقط دون أن يحكم بالتعويض . وقد يجد القاضى أن ما أصاب الدائن من جراء عدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزامه. ضرر لا يكفى لإزالته مجرد الفسخ والاسترداد ، فيحكم فى هذه الحالة إلى جانب فسخ العقد بالتعويض [٥]. فإذا كان العقد بيعاً، ففسخ

---

(١) نقض ١٩٧٠/٣/١ س ٢١ ص ٤٢٥.

(٢) نقض ١٩٨٩/٣/٦ الطعن ٢٠٩٢ لسنة ٥٧ ق ، ١٩٩١/٥/٢٩ الطعن ٣٧٦ لسنة ٥٤ ق.

(٣) نقض ١٩٨٧/٦/٩ الطعن ٤٥٨ لسنة ٥٤ق .

(٤) نقض ١٩٦٦/٣/٢٤ س ١٧ ص ٧٠٨ حيث قضت المحكمة بأن «فصل محكمة الموضوع في كفاية أو عدم كفايتها وفى نفى التقصير عن طالب الفسخ أو إثباته هو من الأمور الموضوعية التى تستقل بها محكمة الموضوع متى إستندت إلى أسباب سائغة» ، ١٩٨٩/٣/٦ الطعن ٢٠٩٢ لسنة ٥٧ ق ، كما أنها غير ملزمة باجابة طلب اجراء التحقيق أو تعيين خبير طالما وجدت فى أوراق الدعوى وعناصرها الآخرى ما يكفى لتكوين عقيدتها للفصل فيها نقض ١٩٨٩/١٠/١٦ الطعن ١٤٦٧ لسنة ٥١ ق.

(٥) وينبنى التعويض على أساس المسئولية التقصيرية ، نفض ١٩٩٠/١٢/٥ الطعن ١٦٤٣ لسنة ٥٥ ق.

العقد لعدم وفاء المشترى بالثمن واسترد البائع المبيع، فإن ذلك لن يكفى لإزالة ما أصابه من ضرر، إذا كان سعر المبيع فى السوق قد انخفض عمّا كان عليه وقت إبرام العقد، فيكون له فوق استرداد المبيع أن يطالب بتعويض عن فرق السعر .

- ويجب أن نلاحظ أن الحكم بالفسخ لا يصح أن يصدر إلا بناء على طلب الدائن ، فلا يجوز أن تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب المدين بالالتزام الذى لم يتم تنفيذه [1] .

٢ - آثار الفسخ :

إذا ما حكم القاضى بالفسخ ، فإن العقد يزول بأثر رجعى . وهذا يعنى أن العقد ينحل لا من وقت الحكم بالفسخ، أو من وقت عدم التنفيذ، بل من وقت نشوء العقد، فيعتبر كأن لم يكن . وعلى ذلك يجب أن نعرض لدراسة أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين ، ثم نتعرف على أثره بالنسبة إلى الغير .

أ - أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين :

إذا ما حكم بالفسخ أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد، فإذا تعذر ذلك ، جاز الحكم بالتعويض .

فكما رأينا فإن للفسخ أثراً رجعيًا، وهو ما يتحقق سواء فى حالة الفسخ القضائى أو فى حالة الفسخ الاتفاقى أو فى حالة الفسخ بحكم القانون. والأثر الرجعى للفسخ يعنى أن العقد ينحل من وقت نشوء العقد ويعتبر كأن لم يكن، وتعاد الأمور إلى ما كانت عليه قبل العقد. فإذا كان العقد بيعاً مثلاً وفسخ ، رد المشترى إلى البائع المبيع، ورد البائع إلى المشترى الثمن .

فإذا لم يكن الطرفان قد نفذا شيئا من التزاماتهما ، لا صعوبة فى الأمر، إذ لا يلتزم أى منهما نحو الآخر بشىء ما .

فإذا استحال إعادة الأمور إلى ما كانت عليه قبل التعاقد حكم القاضى

(١) انظر عبدالمنعم البدراوى ، المرجع السابق ، فقرة ٣٩١ ص ٤٩٨

بالتعويض. فإذا فرضنا أن المشترى كان قد تسلم المبيع وقد هلك بين يديه بخطأ منه، ثم حكم بفسخ عقد البيع بناءً على طلب البائع، فإنه فى هذه الحالة يستحيل الرد وبالتالى يحكم القاضى للبائع بتعويض .

وفى العقود الزمنية ، كالإيجار ، لا يكون للفسخ أثر رجعى، لأن طبيعة هذه العقود لا تسمح بذلك ، كما تقدم . ولذلك فإن ما تم تنفيذه من الالتزامات المستمرة فى الماضى قبل الفسخ يظل قائماً، ولا يفسخ العقد إلا بالنسبة للمستقبل. وبناءً على ذلك تكون الإجرة المستحقة عن المدة السابقة على الفسخ هى أجرة لا تعويضاً، ويحتفظ المؤجر بالنسبة لها بامتياز على المنقولات الموجودة فى العين المؤجرة.

وللدائن الذى طلب الفسخ ، بالاضافة إلى استرداد ما أداه، أن يطالب المدين بتعويض تكميلى ، إذا كان قد أصابه من جراء عدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزامه، ضرر لا يكفى لإزالته مجرد الفسخ والاسترداد .

ب - أثر الفسخ بالنسبة إلى الغير :

- ا يترتب على الفسخ أن ينحل العقد بأثر رجعى بالنسبة إلى الغير كذلك، وتبعاً لهذا يجب إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد. ومقتضى ذلك أنه إذا كان المشترى قد تصرف فى الشيء إلى مشترٍ ثانٍ فإنه إذا ما فسخ العقد الأول بين البائع والمشترى، تعاد الأمور إلى ما كانت فيرّد المشترى الثانى الشيء إلى المشترى الأول ويردّه هذا بدوره إلى بائعه . وكذلك الحال لو كان المشترى قد رتب أية حقوق أخرى على الشيء . فإنه يترتب على الفسخ أن يعود الشيء إلى البائع خالياً مما رتبه المشترى عليه للغير من حقوق [(١)].

-ا على أن هذه القاعدة لا تنطبق على إطلاقها، فاستثناد من هذه القاعدة ، فإن الفسخ لا يؤثر فى الحقوق التى تلقاها الغير بحسن نية بمقتضى عقد من عقود الإدارة، كالإيجار فيبقى حق من استأجر العين من المشترى رغم فسخ البيع.

---

(١) انظر فى الصعوبات المترتبة على الأثر الرجعى للفسخ فى مجال القانون الزراعى، نبيل سعد، القانون الزراعى، الجزء الأول، الملكية الزراعية، منشأة المعارف، ١٩٨٦م ص ١٧٥ وما بعدها .

- كما أنه يرد على قاعدة الأثر الرجعي للفسخ بالنسبة إلى الغير عدة استثناءات قصد منها حماية الغير حسن النية في عقود التصرف أيضاً. وفي هذا الصدد يجب التفرقة بين المنقول العقار . فإذا كان الأمر يتعلق بمنقول اشتراه شخص ثم تصرف فيه إلى آخر حسن النية، ثم فسخ العقد الأصلي، فإن لهذا الأخير أن يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول بحسن نية سند الحائز. وعلى ذلك فإن فسخ العقد الأصلي لا يترتب عليه إعادة الأمور إلى ما كانت عليه بين البائع والمشترى، حماية للغير حسن النية .

أما إذا كان الشيء موضوع التصرف عقاراً، فإنه يجب أن نفرق بين فرضين:
الفرض الأول : إذا كان تصرف المشترى في العقار إلى شخص آخر قد تم قبل تسجيل دعوى الفسخ أو التأشير بها، فإنه في هذه الحالة لا يحتج بحكم الفسخ على الغير إذا توافر شرطان : (أولاً) إذا قام الغير بتسجيل حقه قبل تسجيل صحيفة دعوى الفسخ (وثانياً) أن يكون حسن النية وقت أن أكتسب حقه من المشترى.
الفرض الثاني : إذا كان تصرف المشترى في العقار إلى شخص آخر قد تم بعد تسجيل صحيفة دعوى الفسخ أو التأشير بها. ففي هذه الحالة يحتج بحكم الفسخ على هذا الأخير، فيزول حقه بزوال حق من تصرف إليه ، أي المشترى في العقد الأصلي[(1)] .

ثانياً : الفسخ الاتفاقي :

الأصل في الفسخ أن يتم بحكم القاضي، أي يكون فسخاً قضائياً. لكن ليس هناك ما يمنع من أن يتفق الطرفان عند التعاقد على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي. إذا لم يتم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه. وعمل هذا الشرط يختلف بحسب ما اتفق عليه الطرفان ، وعلى ذلك يجب أن ندرس أولاً: الشرط الفاسخ وتدرجه من حيث قوته ، وثانياً : أثر الفسخ الاتفاقي .

---

(١) انظر في هذه الأحكام المواد ١٦٠ مدني مصرى، وما يطابقها من نصوص، المادة ١٦١ مدني سورى، والمادة ١٦٢ مدني ليبي، وما يتفق معها من نصوص المادة ١٨٠ مدني عراقي، والمادة ٢٤٢ اللبناني، والمادة ٢٤٨ مدني أردني.

٦ - الشرط الفاسخ وتدرجه من حيث قوته :

تنص المادة ١٥٨ مدني مصرى على أنه «يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه. وهذا الاتفاق لا يعفى من الأعذار، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الأعفاء منه» [١].

لا يكفى لوقوع الفسخ اتفاق الطرفين على أن العقد يعتبر مفسوخاً عند عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه . وأنما الأمر يتوقف على مدى هذا الشرط.

- فقد يتم الاتفاق على مجرد أن العقد يعتبر مفسوخا إذا لم يقم أحدهما بتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه. فى هذه الحالة لا يكون لمثل هذا الاتفاق أهمية من الناحية العملية، إذ أنه يعتبر بمثابة تأكيد للقاعدة العامة المتعلقة بالفسخ لعدم التنفيذ. ولهذا يجب أن يقوم الدائن بإعذار المدين، والالتجاء إلى القضاء للحكم له بالفسخ. وتطبيق أحكام الفسخ القضائى السابق بيانها .

- وقد يتم الاتفاق على أن يعتبر لعقد مفسوخا من تلقاء نفسه، وفى هذه الحالة يتجه الرأى إلى أن مثل هذا الشرط يسلب القاضي سلطته التقديرية، فلا يكون له إلا الحكم بالفسخ . وإن كان هذا لا يغنى عن قيام الدائن بإعذار المدين، ورفع دعوى الفسخ. ولا يبقى للمحكمة للحكم باعتبار الفسخ حاصلا فعلا إلا أن تتحقق من حصول المخالفة الموجبة له [٢]. كما أنه منوط بالمحكمة التحقق من توافر شروط الفسخ الاتفاقى ووجوب إعماله ذلك أن للقاضى التثبت من إنطباق الشرط على عبارة العقد، كما أن له عند التحقق من قيامه مراقبة الظروف الخارجية التى تحول دون إعماله ، فإن تبين له أن الدائن قد أسقط حقه فى طلب الفسخ بقبوله الوفاء بطريق يتعارض مع إرادة الفسخ، وجب عليه أن يتجاوز عن شرط الفسخ الاتفاقى، ولا يبقى للدائن سوى التمسك بالفسخ القضائى [٣] .

---

(١) م ٤/٢٤١ موجبات وعقود لبنانى .
(٢) نقض ١٩٦٦/١٠/١٨ س ١٧ ص ١٥٣٦، ١٩٦٨/١٢/١٠ س ١٩ ص ١٥٠٤ .
(٣) نقض ١٩٧٠/١١/٢٦ س ٢١ ص ١١٨١، ١٩٨٤/١١/٧ الطعن ٥٦٩ لسنة ٤٩ ق، ١٩٨٥/٢/٢٦ ، الطعن ١٦٦١ لسنة ٥١ ق، ١٩٨٧/٦/٩ الطعن ٤٥٨ لسنة ٥٤ ق ، ١٩٩٠/٢/٢٧ الطعن ٢٣٦٨ سنة ٥٧ ، ١٩٩٠/١٢/٢٣ الطعن ٣٤٩ لسنة ٥٥ ق .

– وقد يتم الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم، وفى هذه الحالة يحقق هذا الشرط هدفه، ويقع فسخ العقد من تلقاء نفسه ودون حاجة للالتجاء للقضاء . لكن هذا الشرط لا يعفى الدائن من إعذار المدين حتى يترتب هذا الأثر .

وعلى ذلك فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، فإن العقد يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه، وذلك بعد إعذاره من جانب الدائن .

– فى بعض الأحوال يصل الشرط الفاسخ إلى أقصى مداه، فيتم الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم ، ودون حاجة إلى إعذار. وفى هذه الحالة إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه عند حلول الأجل، يقع الفسخ دون حاجة إلى إعذار ودون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء [1] .

• على أنـه يجب مـلاحظـة أن هذا الشـرط لا يحول دون طلب الدائن تنفيـذ العقد دون فسخه.، وبناءً عليه فلا يعتبر العقد مفسوخاً إلا إذا أظهـر الدائـن رغبته فى ذلك[2] .

• فلا يقبل من المدين التمسك بالفسخ، رغم تقصيره، ودون أن تظهر رغبة الدائن فى ذلك. كما أن الشرط الفاسخ لا يتحقق إلا إذا كان التخلف عن الوفاء بغير حق، فإذا كـان المدين تمسك بالدفع بعدم التنفيـذ فى حالة توافر شروطه ، وجب على المحكمة التجاوز عن شرط الفسخ الاتفاقى ولا يبقى للدائن سوى التمسك بالفسخ القضائى [3].

٢ – أثر الفسخ الاتفاقى – إحالة :

إذا وقع الفسخ طبقا للشرط الفاسخ، فإنه يجب إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل العقد ، فإذا استحال ذلك ، جاز الحكم بالتعويض . وعلى ذلك يتم زوال العقد بأثر رجعى سواد فيما بين المتعاقدين أم بالنسبة إلى الغير على نحو ما قدمنا [4] .

---

(١) نقض ١٩٧٥/٣/١٢ س ٢٦ ص ٥٦٨.
(٢) نقض ١٩٨٤/٥/٣١ س ٣٤ ص ١٣٤٦.
(٣) نقض ١٩٩٠/٦/١٠ الطعن ٣٠٩٣ لسنة ٥٧، ١٢٠ لسنة ٥٨ ق.
(٤) انظر فى أحكام الفسخ الاتفاقى المادة ١٥٨ مدنى مصرى، وما يطابقها من نصوص ، المادة ١٥٩ =

ثالثا : التفاسخ أو التقايل :

– التفاسخ أو التقايل هو الاتفاق بين طرفى العقد على فسخ العقد والخروج منه فالأصل أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التى يقررها القانون . (م ١/١٤٧ مدنى) فهذا يعنى أن الأصل فى العقود أن تكون لازمة بمعنى عدم إمكان انفراد أحد العاقدين بنفسخ العقد دون رضاء المتعاقد الآخر، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من الاتفاق بينهما على فسخ العقد والتقايل عنه (١) .

هذا التقايل يعتبر اتفاقاً يخضع للنظرية العامة للعقد. وهذا الاتفاق يكون بإيجاب وقبول. وكل من هذا الايجاب وذلك القبول يعتبر تعبيراً عن الارادة ولذلك يمكن أن يكون أيهما أو كليهما صريحاً أو ضمنياً طبقا للقواعد العامة . لكن حيث إن التقايل يعتبر اتفاقا خطيراً لأنه يؤدى إلى الخروج من عقد قائم بإرادة طرفيه ، لذلك إذا قالت محكمة الموضوع بالتقايل الضمنى فيجب عليها أن تتحرز فى ذلك ويجب أن يكون التعبير عن الارادة الضمنى واضحا، أى يستخلص من الظروف بوضوح (٢). ومن أجل ذلك عليها أن تورد من الوقائع والظروف، اعتبرته كاشفا عن إرادتى طرفى العقد فى هذا الصدد وأن تبين كيف تلاقت هاتان الارادتان على حل العقد (٣).

وفى حالة التقابل فانه لا مجال لاجراء الاعذار المنصوص عليه فى المادة ١٥٧ من القانون المدنى(٤). كما أن التقايل ليس له أثر رجعى إلا اذا اتفقا طرفيه على

== مدنى سورى، والمادة ١٦٠ مدنى ليبى، والمادة ٢٤٥ مدنى أردنى ، وما يتفق معه نصوص، المادة ١٧٨ مدنى عراقى ، والمادة ٤/٢٤١ اللبنانى .

(١) نقض ١٩٨٣/١/٤ الطعن ٨٩٧ لسنة ٤٩ق، ١٩٨٤/٣/٢٠ الطعن ٧٦٩ لسنة ٤٩ق.

(٢) وهذا ليس بجديد فقد نص عليه المشرع فى المادة ١/٣٥٤ مدنى الخاصة بالتجديد. ولذلك يجب ألا نخلط بين التعبير الضمنى الواضح وصوره هامة من صور التعبير الصريح وهى اتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود ، قارن نقض ١٩٩٠/١/٢٩ الطعن ٢٠٨٣ لسنة ٥٣ ق.

(٣) نقض ١٩٨٣/١/٤ السابق الاشارة إليه وقارن نقض ١٩٩٠/١/٢٩ الطعن ٢٠٨٣ لسنة ٥٣ ق.

(٤) نقض ١٩٨٤/٣/٢٠ الطعن ٧٦٩ لسنة ٤٩ ق.

ترتيب هذا الأثر بالنسبة لكل أو بعض الحقوق والالتزامات المترتبة على العقد الذى تفاسخا عنه [1].

رابعا : انفساخ العقد بحكم القانون

فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه، لسبب أجنبى لا يد للمدين فيه ، يترتب عليه انقضاء الالتزام المقابل وينفسخ العقد من تلقاء نفسه (م ١٥٩ مدنى مصرى). وعلى ذلك يجب أن ندرس شروطه ، وآثاره ، ومبدأ تحمل التبعة.

١ - شروط الانفساخ وآثاره :

وحتى ينفسخ العقد من تلقاء نفسه بقوة القانون، يجب أن يتوافر عدة شروط :

(١) يجب أن يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين ، وذلك لأن هذا الانفساخ يقع نتيجة للترابط والتداخل بين الالتزامات فى هذه الطائفة من العقود. وعلى ذلك فإذا كان العقد ملزماً لجانب واحد وإنقضى إلتزام المدين، لم يعد للدائن ما يطالبه به .

(٢) يجب أن تكون استحالة تنفيذ التزام المدين راجعة إلى سبب أجنبى لايد للمدين فيه . وعلى ذلك فإذا كانت استحالة التنفيذ راجعة إلى خطأ المدين فإنه يكون مسؤولا بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه وهذه هى المسؤولية العقدية. ولكن هذا لا يمنع من تطبيق قواعد الفسخ القضائى بدلاً من تطبيق قواعد المسؤولية العقدية، فيطلب الدائن فسخ العقد . وفى هذه الحالة لا يسع القاضي إلا أن يجيبه إلى طلبه، إذ لا محل لإمهال المدين لتنفيذ التزامه بعد أن أصبح هذا التنفيذ مستحيلاً، فيحكم بفسخ العقد. والحكم هنا منشىء للفسخ لا كاشف عنه، والعقد لم ينفسخ بحكم القانون بل فسخ بحكم القاضى [2].

أما إذا كانت استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبى، فإن التزام المدين ينقضى،

---

(١) نقض ١٩٦٦/٤/٧ سى ١٧ ص ٨٢٥ .

(٢) السنهورى، الوجيز، فقرة ٣٠٣ ص ٢٧٩ ، نقض ١٩٦٩/٧/٣ س ٢٠ ص ١١١٨

وتنقضي تبعاً لذلك الالتزامات المقابلة له، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه بحكم القانون. والعلة فى هذا واضحة ، فقد انقضى التزام المدين لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبى، فلم يعد ثمة محل للمسؤولية العقدية ليختار الدائن بينها وبين الفسخ، كما كان يفعل لو أن الاستحالة لا ترجع إلى سبب أجنبى، فلم يبق إلا فسخ العقد. ولا محل هنا لا للخيار بين التنفيذ والفسخ ولا للإعذار. لأن كل هذا لا يتصور إلا إذا كان التنفيذ لا يزال ممكناً . ولذلك نص القانون على أن العقد ينفسخ من تلقاء نفسه، فلا حاجة لحكم قضائى بالفسخ. وإذا التجأ الدائن للقضاء فى هذه الحالة، فإنما يكون ذلك ليتقرر أن استحالة التنفيذ بسبب أجنبى أمر محقق – فقد يقوم نزاع فى ذلك – وأن العقد انفسخ . فالحكم هنا يكشف عن انفساخ العقد، ولا ينشىء الفسخ[1] . ويترتب على الانفساخ ما يترتب على فسخه من آثار بحكم القاضي أو بحكم الاتفاق، فيعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليه قبل العقد. ولا محل للتعويض لأن المدين قد انقضى التزامه بسبب أجنبى لا يد له فيه .

٢ – **نظرية تحمل التبعة**[2] : La théorie des reseques

إذا ما انفسخ العقد بقوة القانون، فإن المدين بالالتزام الذى استحال تنفيذه يتحمل تبعته res perit debitori ، إذ ينقضى الالتزام المقابل ولا يستطيع هذا المدين أن يطالب بتنفيذه ، لأنه هو لم ينفذ التزامه لسبب أجنبى لا يد له فيه، وبذلك تقع عليه الخسارة فى نهاية الأمر وهو الذى يتحملها . وهذه هى فكرة تحمل التبعة فى العقود الملزمة للجانبين ، ويرجع هذا إلى فكرة السبب والارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة فى هذه العقود[3] .

ولو أن العقد كان ملزما لجانب واحد كالوديعة غير المأجورة ، وهلك الشىء فى يد المودع عنده/بسبب أجنبى فاستحال عليه رده إلى المودع، فإن الذى يتحمل التبعة هو الدائن res perit creditori لا المدين . والسبب فى ذلك واضح ، إذ الدائن –

(١) السنهورى ، الوجيز ، فقرة ٣٠٣ ص ٢٨٠.

(٢) انظر فى ذلك ص ٦٥ بصدد أهمية التقسيم بين العقود الملزمة للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد.

(٣) نقض ١٩٦٨/١٢/٢٦ س ١٩ ص ١٥٦٥.

وهــو هنا المودع – ليس في ذمته التزام يتحلل منه في مقابل تحلل المدين – وهو هــنا المودع عنده _ من التزامه . فالدائن هو الذي يتحمل الخسارة في آخر الأمر مــن جــراء اســتحالة تنفــيذ المديــن بسبب أجنبي ، وهو الذي يتحمل تبعة هذه الاستحالة [1] .

- ويلاحــظ هــنا أنــه ليس هناك تطابقاً – في القانون المصرى – بين مبدأ تحمل التــبعة ، أى تــبعة العقــد ، ومــبدأ تحمل تبعة الهلاك حيث أن القاعدة العامة في خصــوص تبعة الهلاك الناشئة عن سبب أجنبي هى أن هذه التبعة تقع على المالك res perit domins . ويســتثنى مــن هــذه القاعدة فقط العقود الملزمة للجانبين الــناقلة للملكــية . حيــث أن تبعة الهلاك على المدرين بالتسليم مالكا كان أو غير مــالك . فإذا وقع الهلاك قبل التسليم وقبل نقل الملكية فإن الهلاك يقع على المدين بالتســليم وهو في نفس الوقت ما زال مالكا ، مثال ذلك في بيع العقار قبل التسجيل وبيع المنقول المعين بالنوع قبل الإفراز . أما إذا وقع الهلاك قبل التسليم وبعد نقل الملكــية فــان تبعة الهلاك تقع أيضا على المدين بالتسليم ولو أنه غير مالك ، مثال ذلك ، مثال ذلك بيع المنقول المعين بالذات حيث أن ملكيته تنتقل بقوة القانون من وقــت إبــرام العقد . وفى جميع هذه العقود الملزمة للجانبين الناقلة للملكية مناطها المدين بالتسليم .

أمــا بالنســبة للعقــود الملزمة للجانبين غير الناقلة للملكية فإنها تخضع للقــاعدة العامــة وتكون تبعة هلاك الشيء على المالك . أما تحمل تبعة العقد فتقع علــى المديــن بالالــتزام الذي استحال تنفيذه سواء كان مالكاً أو غير مالك . وفى بعــض الأحيان تتطابق نظرية تحمل التبعة مع قاعدة تبعه هلاك الشيء بأن من يقع علــيه تبعة العقد يقع عليه تبعة هلاك الشيء ، كما هو الشان بالنسبة لعقد الايجار ، وقد لا يتطابقا ، كما هو الشأن بالنسبة لعقد المقاولة ، حيث إن تحمل تبعة

---

(1) وانظر في أحكام الفسخ في القانون الفرنسي .
B. Strack , op.Cit . no 2156 , 2156 , PP . 639-648 . J . Carbonnier , op.cit , no 80-83 PP . 298-312, G . Fariat , op.cit, p . 197 , 211 et 358
Vo aussi pour la résiliation , P.234-242, P . 168 , P . 359 .
Chr . Larroumet , Op .Cit , no. 734 , P . 812 .

العقد تقع على المقاول الذى إستحال تنفيذ التزامه بالرد لأنه لا يستطيع أن يطالب لا بثمن عمله ولا برد نفقاته لأن التزام رب العمل قد إنقضى بالتبعية لانقضاء التزام المقاول وإنفسخ العقد بقوة القانون. أما تحمل تبعة الهلاك فهى على المالك وهو رب العمل . إذا كان رب العمل هو الذى قدم المادة للمقاول .

– وفى بعض الأحيان لا يكون هناك تلازم بين القاعدتين كما هو الشأن فى عقد العمل، مثال ذلك إذا كان الاضراب يمثل قوة قاهرة وأدى إلى منع العمال غير المضربين من القيام بالعمل فانه سيترتب على ذلك أن التزام صاحب العمل بدفع الاجر ينقضى وينفسخ عقد العمل بقوة القانون وبالتالى لا يستطيع هؤلاء العمال المطالبة بأجر فتكون تبعة العقد قد وقعت عليهم وهم مدينون بالتزام بالقيام بالعمل المكلفين به أى مدينون بالالتزام الذى إستحال تنفيذه.

الفرع الثانى : الدفع بعدم التنفيذ

القاعدة أنه فى العقود الملزمة للجانبين ، إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزمه به (انظر م ١٦١ مدنى) . وعلى ضوء هذه القاعدة يمكن دراسة الدفع بعدم التنفيذ وذلك بعرض شروطه ، ثم بعد ذلك التعرف على آثاره .

أولا : شروط الدفع بعدم التنفيذ ونطاقه (١) :

يجب للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ توافر عدة شروط، أولها أن يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين ، وثانيها أن تكون الالتزامات مستحقة الإداء، وآخرها عدم التعسف فى التمسك بهذا الدفع .

١ – أن يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين :

والدفع بعدم التنفيذ يقوم أساساً على فكرة الترابط بين الالتزامات الناشئة عن

(١) انظر فى القانون الفرنسى:

F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, op.cit, no. 612 p. 579 et s.

العقد الملزم للجانبين . فليس من العدالة أن يطالب أحد المتعاقدين بتنفيذ الالتزام، فى الوقت الذى لم يقم هو بتنفيذ التزامه المستحق الإداء ، ففى هذه الحالة يجوز للطرف الأول أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إلى أن يفى هذا الأخير بالالتزام المستحق عليه. وعلى ذلك فإن الدفع بعدم التنفيذ غير متصور فى العقود الملزمة لجانب واحد، حيث لا يوجد إلا التزام فى جانب أحد المتعاقدين، ولا يوجد ما يقابله على عاتق المتعاقد الآخر. كما أن الدفع بعدم التنفيذ يجب ألا يختلط بالحق فى الحبس [1].

٢ - أن يكون الالتزام الذى يدفع بعدم تنفيذه مستحق الإداء[2] :

فلا يجوز لمن كان التزامه مستحقاً أن يمتنع عن التنفيذ متمسكاً بأن الالتزام المقابل لم يتم تنفيذه، إذا كان هذا الالتزام المقابل غير مستحق الأداء، بأن كان مضافاً إلى أجل، فالبائع لا يستطيع أن يمتنع عن تسليم الشيء المبيع لعدم استيفاء الثمن إذا كان الثمن مؤجلا. على أن الأجل القضائى، نظرة الميسرة لا تحول دون التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، فإذا كان الثمن قد حل الوفاء به فمنح القاضي المشترى أجلاً لدفعه، فإن للبائع أن يمتنع عن تسليم المبيع حتى يستوفى الثمن .

_ وقد تقتضى طبيعة العقد أن يكون أحد العاقدين هو البادىء بالتنفيذ، وهذا هو الحال فى العقود الزمنية ، حيث إن القاعدة فيها - إن لم يوجد اتفاق مخالف أو

---

(١) انظر فى هذه التفرقة الرسالة القيمة

J.F. Pillebout, Recherches sur L'exception d'inexécution, Thèse,. Paris 1971. préface P. Raynaud, V. aussi, N. catala-Franjou, De la nature Juridique du droit de rétention, Rev. tir, dr., civ. 1969, p.9.

وأنظر رسالتنا السابق الإشارة إليها والتفرقة بين الدفع بعدم التنفيذ والوقف فى تنفيذ العقد، والفسخ والوقف فى تنفيذ العقد . وانظر أيضاً بحثنا فى الضمانات غير المسماة، منشأة المعارف، ١٩٩١، ص ٣٣ وما بعدها . والفقه المصرى يخلط دائما بين الدفع بعدم التنفيذ والحق فى الحبس، انظر السنهورى ، الوجيزة ، فقرة ٧-٤ ص ٢٨٤ وما بعدها ، عبدالمنعم البدراوى، المرجع السابق ، فقرة ٤٠٧ ، ص ٥٢٠ ، توفيق فرج ، المرجع السابق ، فقرة ١٤٦ ، ص ٣٠٤، وانظر فى خلط القضاء بينهما نقض ١٩٦٥/١١/١١ س ١٦ ص ١٠١٨ ، وقارن نقض ١٩٨٥/١١/٦ الطعن ٧٠٢ لسنة ٥١ ق وأيضا ١٩٧٧/٢/٢٢ س ٢٨ ص ٥٠٥ .

(٢) نقض ١٩٨٣/٦/٨ س ٢٣٤ ص ١٣٧٥ .

عرف – أن المدين بالالتزام الزمنى هو الذى يجب عليه التنفيذ أولاً فى كل فترة من فترات العقد [1]، ففي عقد العمل يجب على العامل أن يقوم بعمله عن فترة معينة، شهر مثلاً، ولا يستحق له أجراً إلا عند نهاية تلك الفترة . فلا يجوز أن يمتنع عن القيام بالعمل متمسكاً بأن رب العمل لم يؤد له أجره بعد . على أن تحريم الدفع بعدم التنفيذ على المدين بالالتزام الزمنى، لا يسرى إلا فى بداية العقد أو بصفة عامة، فى حدود فترة واحدة من فترات التنفيذ، بمعنى أنه إذا كان المدين بالالتزام الزمنى قد قام بالتنفيذ عن إحدى الفترات فلم ينفذ العاقد الآخر الالتزام المقابل عن هذه الفترة، فإن للمدين بالالتزام الزمنى أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، فيمتنع عن تنفيذ التزامه عن الفترة التالية إلى أن يقوم المتعاقد بوفاء ما هو مستحق عليه [2].

– وقد يكون كل من الالتزامين مستحق الأداء، فيتمسك كل من المتعاقدين بالدفع ويمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بالتنفيذ، فإذا صمم كل واحد منهم على موقفه، واستمر هذا الوضع السلبى، فإن العقد قد يزول، واقعياً، بين الطرفين لعدم تنفيذه أصلاً. ولكن إذا كان المتعاقدان يرغبان فى تنفيذ العقد، فالسبيل إلى ذلك هو اتباع اجراءات العرض الحقيقى، أو الالتجاء إلى القضاء للخروج من هذا الطريق المسدود، فيحكم القاضي بأن يودع كل من المتعاقدين ما التزم به فى خزانة المحكمة أو تحت يد شخص ثالث يتولى التسلم والتسليم [3].

٣ – يجب مراعاة حسن النية فى التمسك بالدفع بعدم التنفيذ :

– إذا تعلق الأمر بعقد ملزم للجانبين ، وكانت الالتزامات مستحقة الأداء، كان للمتعاقد أن يدفع بعدم التنفيذ طالما لم يقم الآخر بالتنفيذ. إلا أنه ينبغى عدم التعسف فى هذا الحق[4]. إذ القاعدة أنه يجب مراعاة حسن النية فى تنفيذ العقود.

---

(١) نقض ١٩٦٦/٥/٣١ س ١٧ ص ١٢٧٩ حيث قضت المحكمة بأنه «لا يجوز للمتعاقد المكلف بالبدء فى التنفيذ أن يتمسك بعدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه» ، ١٩٦٨/١٢/١٠ س ١٩ ص ١٥٠٤، ١٩٦٩/٧/٣ س ٢٠ ص ١١١٨، ١٩٨٢/٥/٢٣ س ٣٣ ص ٥٦٦.

(٢) انظر فى نفس هذا المعنى ، إسماعيل غانم ، المرجع السابق ، فقرة ١٦١ ، ص ٣٢٢، ٣٢٣.

(٣) قارن اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، فقرة ١٦١ ، ص ٣٢٣.

(٤) نقض ١٩٦٦/٥/١٠ س ١٧ ص ١٠٤٠.

- فإذا كان من يتمسك بالدفع هو الذى تسبب فى تأخير تنفيذ الطرف الآخر لالتزامه. «إذ يتعين للمتمسك بالدفع بعدم التنفيذ فى العقود الملزمة للجانبين ألا يكون المتمسك به قد أخل بالتزامه عمداً أو قصر فى الوفاء به وجحد تعهده وأعرب فى جلاء ووضوح عن نيته فى عدم الوفاء عيناً»[1]. أو كان ما بقى من التزام هذا الآخر يسيراً بالنسبة إلى ما نفذ من الالتزام فى جملته، فإنه لا يحق للمتعاقد التمسك بالدفع بعدم التنفيذ . وإلا عدّ متعسفاً فى استعمال حقه .

- فإذا توافرت الشروط السابقة جاز للمتعاقد الذى لم ينفذ متعاقده الآخر التزامه أن يمتنع هو عن التنفيذ، وذلك حتى يحمل المتعاقد الآخر على تنفيذ التزامه. ولا حاجة إلى الإعذار لاستعمال الدفع بعدم التنفيذ، او إلى حكم بفسخ العقد[2] ولا حاجة أيضاً إلى الالتجاء للقضاء لاستئذانه فى التمسك بالدفع، وذلك على خلاف ما هو مقرر بالنسبة للفسخ كقاعدة عامة. ومع ذلك قد يقتضى الأمر الالتجاء إلى القضاء، وذلك عندما ينكر أحد الطرفين على الآخر موقفه فى التمسك بالدفع [3]، أو عندما يتمسك كل من الطرفين بالدفع ويمتنع كل منهما عن تنفيذ الالتزام، فللخروج من هذا الطريق المسدود يجب الالتجاء إلى القضاء على النحو السابق بيانه .

ثانيا : آثار الدفع بعدم التنفيذ [4] :

- رأينا أن الدفع بعدم التنفيذ يعد وسيلة من وسائل جبر المتعاقد على تنفيذ التزامه المقابل والمستحق الإداء ، إذا أراد هو أن يقتضى تنفيذ الالتزام المقابل بعد ذلك. كما أن الدفع بعدم التنفيذ يعتبر من أهدافه أيضاً تحقيق العدالة والمساواة بين طرفى العقد، حتى لا يجد أحدهما نفسه مضطراً إلى تنفيذ العقد، فى حين أن الطرف الآخر لا يقوم بتنفيذه. ولهذا فمن يتمسك بالدفع عند توافر شروطه لا يعد مرتكباً لخطأ، ولا يكون مسؤولا عن الأضرار التى تصيب الطرف الآخر من جراء امتناعه عن التنفيذ.

---

(١) نقض ١٩٨٩/٥/١٨ الطعن ٧٠٢ لسنة ٥٦ ق.

(٢) نقض ١٩٣٩/١٢/٢١ الطعن ٤٣ لسنة ٩ ق نقض ١٩٨٣/٦/٨ س ٣٤ ص١٣٧٥ .

(٣) نقض ١٩٦٥/١١/١١ س ١٦ ص ١٠١٨.

(٤) انظر فى القانون الفرنسى
F. Terré, ph. Simler, Y. Lequete, no 519, p. 583 et s.

- ويعتبر هذا الدفع خروجا على المبدأ الذى يقتضى بأن «لا يجوز أن يقيم الشخص العدالة لنفسه» وذلك لاعتبارات قدّرها المشرّع جديرة بالحماية ، كما أن استعمال هذا الدفع لا يؤدى إلى الإخلال بالسلم والأمن الاجتماعى، كما أنه يخضع استعماله فى نهاية الأمر لرقابة القضاء .

- والأصل أن الدفع بعدم التنفيذ لا يؤدى إلى زوال العقد، وذلك على خلاف الفسخ وإنما هو يؤدى فقط إلى وقف التنفيذ. فأثر الدفع بعدم التنفيذ هو أساساً أثر موقف، إذ القصد منه الضغط على إرادة طالب التنفيذ حتى يقوم هو بتنفيذ التزامه، لكن قد يتمسك كل من الطرفين بالدفع بعدم التنفيذ، وقد يستمر هذا الوضع السلبى دون أن يلجأ أحدهما إلى الخروج عن هذا الوضع عن طريق العرض الحقيقى أو الالتجاء إلى القضاء ليحكم بالإيداع على النحو السابق بيانه، وفى هذه الحالة قد ينتهى الأمر إلى عدم تنفيذ العقد أصلا، وبالتالى يؤدى إلى زوال العقد.

- وأثر الدفع بعدم التنفيذ يعتبر أساساً أثراً موقفاً ، وبالتالى لا يؤثر على مقدار الالتزام. ولكن هذه القاعدة لا تستقيم مع طبيعة العقود الزمنية، حيث إن وقف تنفيذ الالتزام الزمنى خلال فترة معينة يؤدى إلي نقص فى مقداره بقدر الزمن الذى وقف التنفيذ خلاله. ففى عقد إيجار لمدة معينة إذا تأخر المستأجر فى دفع الأجرة، فتمسك المؤجر بالدفع بعدم التنفيذ ومنع الانتفاع عن المستأجر مدة من الزمان ، فإن عدم تنفيذ المؤجر لالتزامه يكون عدم تنفيذ نهائى - وليس مؤقتاً - وذلك بقدر تلك المدة، فينقص التزامه بمقدارها، ولا يمتد العقد إلى مدة أخرى تقابل المدة التى أوقف فيها تنفيذه [1].

---

(١) انظر فى عرض وتفصيل ذلك رسالتنا السابق الإشارة إليها .،

وانظر فى أحكام الدفع بعدم التنفيذ نص المادة ١٦١ مدنى مصرى، وما يطابقها من نصوص المادة ١٦٢ مدنى سورى، والمادة ١٦٣ مدنى ليبى، وانظر ما يتفق معها من نصوص المادة ٢٨٠ مدنى عراقى، والمادة ٢٤٩ مدنى أردنى، ولا يوجد مقابل لهذا النص فى القانون اللبنانى ، ولكنه يتفق مع القواعد العامة فيه.

الفصل الثاني : أثر العقد من حيث الأشخاص

مبدأ نسبة أثر العقد ومبدأ الاحتجاج بالعقد : الأصل في العقد، وقوامه تراضي الطرفين على إبرامه، أنه لا ينشيء علاقة التزام إلا بين الطرفين اللذين تراضيا على إنشاء هذه العلاقة ، فلا ينشيء في ذمة الغير التزاماً ولا يكسبه حقاً. وهذا هو ما يعرف بمبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد .

على أن العقد بما أنشأه من حقوق والتزامات بين طرفيه، واقعة اجتماعية ليس في الوسع تجاهلها. فإذا كان الأصل أن الأثر الملزم للعقد أثر نسبي يقتصر على طرفيه، فلا يستطيع الغير أن يطالب بحق أنشأه العقد ولا توجه إليه مطالبة بالتزام نشأ عنه، إلا أن وجود علاقة الالتزام التي أنشأها العقد هو حقيقة واقعة. فليس في وسع الغير أن يتجاهل نشوء هذه الحقوق والالتزامات بين طرفي العقد، وليس في وسع أي من طرفي العقد أن ينكر في مواجهة الغير أن هذه الحقوق والالتزامات قد نشأت فيما بينهما. ويعبر عن ذلك بالقول إن القاعدة هي أن العقد بما أنشأه من حقوق والتزامات بين طرفيه، يحتج به بالنسبة للكافة، فللغير أن يحتج به، ويحتج به عليه[1] .

فهناك إذن مبدآن أساسيان يتعين التمييز بينهما : مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد،

---

(1) Ch. Larroumet, op.cit. no 644 p. 827, F, Terré, Ph. Simler, Y. Lequete, no 465 p. 449.

وأنظر في تفصيل ذلك أيضا إسماعيل غانم، المرجع السابق ، فقرة ١٧٢، ص ٣٤٠ ، عبدالمنعم البدراوي ، المرجع السابق ، فقرة ٣٣٦، ص ٤٢٦، ٤٣٠.

وانظر في الفقه الفرنسي بصفة خاصة الرسالة القيمة المقدمة إلى جامعة باريس .

GOUTAL, Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat, Thèse, Paris II, 1977.

كما أن العقد في بعض الاحيان ينشيء مركزاً قانونيا يحتج به على الكافة مثال ذلك عقد الشركة وعقد الجمعية انظر في ذلك :

F Terré, Ph. simler, Y. Lequette, précité.

ومبدأ الاحتجاج المطلق بالعقد .

فيمكن الاحتجاج بما أنشأه العقد من حقوق والتزامات بين طرفيه على الغير، فالغير حسن النية يحتج قبل المالك الحقيقى بالعقد الصادر إليه من غير المالك، باعتباره سبباً صحيحاً، لكى يتمسك بالتقادم الخمسى، رغم أن المالك الحقيقى يعتبر من الغير بالنسبة لهذا العقد . والموعود له بالبيع يحتج بعقد الوعد على من تصرف إليه الواعد فى الشيء الموعود ببيعه إخلالاً بوعده، إذا كان المتصرف إليه سيىء النية، فيكون المتصرف إليه مسؤولا مسؤولية تقصيرية قبل الموعود له عن اعتدائه على الحق الذى نشأ من عقد الوعد للموعود له قبَل الواعد. ومثل هذا فى حالة الاعتداء على حق رب العمل قبَل العامل إذا ترك العامل قبل انتهاء مدة العقد بتحريض رب عمل ثانٍ يريد أن يستخدمه عنده، فيكون هذا الأخير مسؤولا قبل رب العمل الأول مسؤولية تقصيرية (١) .

– كما يمكن من ناحية أخرى، للغير أن يحتج بالعقد: فإذا كان الغير طبقاً لمبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد لا يصبح دائناً بمقتضى عقد لم يكن طرفاً فيه، فإن عدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزامه قبل الطرف الآخر ، قد يكون مصدراً لمسؤولية تقصيرية قبل الغير. فللمصاب فى حادث سيارة نتج عن عيب فى صنعها، أن يرجع بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية على الشركة المنتجة، متمسكاً بإخلالها بالتزامها كبائعة قبل مشترى السيارة، والمصاب لم يكن طرفاً فى عقد البيع(٢) . ومثل هذا إذا تهدم بناء نتيجة إهمال فى تشييده، فللمصاب أن يرجع على المقاول على أساس

(١) F.Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, op.cit, no. 469 p. 451, Ch., Larroumet, op.cit, no 746. p. 828,

وانظر بصفة خاصة :

B. Strack, des contrat conclus en violation des droits contractueis d'autrui, J.C.P. 1954, i, 1180.

(٢) انظر فى تفصيل ذلك بصفة خاصة :

J. Ghestin, L'applicationb des règles Specifiques de la vents. responsabilité des fabricants et des distributeurs, 1945.

وأنشر بصفة عامة :

F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, op.cit. no 470, p. 452.

المسؤولية التقصيرية متمسكاً بإخلاله بالتزامه الناشىء عن عقد المقاولة الذى ليس هو طرفا فيه [1].

أما مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد، والذى سيكون محل اهتمامنا، يعنى أن العقد لا يكسب الغير حقاً ولا يحمله التزاماً، وإنما ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين سواء تعاقدا مباشرة أو بواسطة نائب ما دام النائب قد تعامل باسم الأصيل .

ولا يقف أثر العقد عند المتعاقدين بل هو يمتد أيضا إلى الخلف العام لهما، كالورثة . وقد يمتد أثر العقد أيضا إلى الخلف الخاص، أى إلى من يكتسب من أحد طرفى العقد حقاً خاصاً .

وإذا كان العقد ينصرف أثره إلى المتعاقدين ومن يخلفانهما من خلف عام أو خاص، فإن هذا الأثر لا ينصرف، كقاعدة عامة ، إلى غير هؤلاء أى إلى الأجنبى عن العقد. فلا يجوز أن ينشىء العقد حقاً لغير طرفيه ولا يلزم غيرهما بالتزام ما[2] . وهذا ما يعبر عنه بالأثر النسبى للعقد . وسنرى أن هذه القاعدة العامة لا تتحمل إستثناء من الناحية السلبية، حيث لا يجوز إلزام الغير بعقد لم يكن طرفاً أو ممثلاً فيه ، ولو كان تابعا لأحد المتعاقدين [3]تتضمن استثناء من الناحية الإيجابية إذ يجوز للغير أن يكسب حقاً من عقد كان أجنبياً عنه، وهذا هو الاشتراط لمصلحة الغير .

وعلى ذلك سندرس على التوالى أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين وخلفهما، ثم ندرس بعد ذلك أثر العقد بالنسبة إلى الغير .

---

(١) انظر بصفة خاصة مقالة :

G. Bonet et B. Gross, la réparation des dommages causés aux constructeurs par les vices des matériaux, L.C.P. 1974, II, 2602.

(٢) نقض ١٩٧١/١/١٢ س ٢٢ ص ١٤٦ .

(٣) نقض ١٩٦٤/١١/١٢ س ١٥ ص ١٠٢٢

المبحث الأول : أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين والخلف

قد سبق أن قلنا إن أثر العقد لا يقف عند المتعاقدين بل هو يمتد أيضا إلى الخلف العام لهم كالورثة ، وقد يمتد أثر العقد إلى الخلف الخاص. فنريد أن نعرض لهذه النقاط الثلاث على التوالى :

المطلب الأول : أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين

إذا كان العقد قد أنشأته إرادة الطرفين ، فإنه من المحقق أن آثار هذا العقد تنصرف إلى المتعاقدين ، فيلتزم كل منهما أو أحدهما بما ينشأ عن العقد من التزامات، ويكتسب كل منهما أو أحدهما ما يتولد عنه من حقوق .

ولا يثير انصراف آثار العقد إلى المتعاقدين أدنى صعوبة، إلا فيما يتعلق بتحديد من ينطبق عليه وصف المتعاقدين [(١)]. وذلك أنه ليس من اللازم أن يكون المتعاقد هو من أبرم العقد وصدر عنه أحد التعبيرين الذى انعقد بهما العقد. فقد يكون من أبرم العقد مجرد نائب لا يتعاقد باسمه ولحسابه، وإنما باسم ولحساب شخص آخر، وهو الذى تثبت له صفة المتعاقد وتنصرف إليه آثار العقد طبقا لنظرية النيابة فى التصرفات القانونية التى سبقت دراستها. فطبقاً لهذه النظرية يصدر التعبير عن الإرادة من النائب الذى يبرم العقد. ولكن لا تنصرف إليه آثار العقد وإنما تنصرف مباشرة إلى الأصيل الذى تثبت له لا للنائب صفة المتعاقد .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض فى هذا الخصوص بأن «العقد – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – يصدق على كل إتفاق يراد به إحداث أثر قانونى فإن إسباغ وصف المتعاقد إنما ينصرف إلى من يفصح مع إرادة أخرى على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو زواله في خصوص موضوع معين يحدد العقد نطاقه ، دون أن يعتبر باطلاق كل من ورد ذكره بالعقد أنه أحد أطرافه طالما لم يكن له صلة بشأن ترتيب الأثر القانونى الذى يدور حول النزاع الناشىء بسبب العقد وهو أمرمن مطلق حق قاضى الموضوع مستمد من حقه فى تفهم الواقع فى الدعوى ولا معقب عليه فيه ما دام استخلاصه سائغا» نقض ١٩٨٥/٣/٣١ س ٣٦ ص ٥٣٦ .

المطلب الثانى : أثر العقد بالنسبة للخلف العام

ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين، كما ينصرف إلى خلفهم العام، أى أن تنصرف آثار العقد من السلف الى الخلف، فتنتقل إليهم بوفاة السلف حقوقه والتزاماته، فالخلف العام إذن ليس من الغير بالنسبة لعقود سلفه لذلك لا يشترط ثبوت تاريخ العقد او تسجيله حتى يكون التصرف حجة للخلف أو عليه [1] وتنص المادة ١٤٥ مدنى مصرى على أن «ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ما لم يتبين من العقد أو طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام» [2].

أولاً : المقصود بالخلف العام .

هو من يخلف سلفه فى ذمته المالية كلها، وهذا هو وضع الوارث الوحيد والموصى له بكل التركة، أو فى حصة منها باعتبارها مجموعة مالية، وهذا هو وضع الوارث مع غيره أو الموصى له بحصة فى التركة كالربع أو الثلث .

ثانيا : مدى انصراف العقد إلى الخلف العام :

ولدراسة مدى انصراف أثر العقد إل يالخلف العام يجب دراسة القاعدة العامة وما يرد عليها من قيود .

١ - القاعدة : انصراف أثر عقود السلف للخلف العام :

فالخلافة العامة لا تكون إذن إلا بسبب الوفاة ، عن طريق الميراث او الوصية - والقاعدة بالنسبة للخلف العام، وارثاً أو موصى له بحصة فى مجموع التركة، هى انصراف أثر عقود السلف إليهم ، فتنتقل إليهم بوفاة السلف .

ومبنى هذه القاعدة فى القانون الفرنسى هو اعتبار شخصية الوارث، ومثله

---

(١) نقض ١٩٧٢/٥/١١ س ٢٣ ص ٨٥٢ .

(٢) تنص المادة ٢٢٢ موجبات وعقود لبنانى على أ «العقود تشمل الذين نالوا على وجه عام حقوق المتعاقدين وتكون مفاعيلها فى الأساس لهم أو عليهم، إما حالاً (كالدائنين) وإما بعد وفاة المتعاقدين أو أحدهم (كالورثة والموصى لهم بمجموع التركة أو بجزء منها على وجه عام» يلاحظ أن إعتبار الدائنين فى هذا النص من الخلف العام قول غير سليم.

الموصى له بحصة فى مجموع التركة، استمراراً لشخصية المورث : وعلى هذا الأساس يكون مسؤولا عن جميع ديون المورث، ليس فقط فى حدود الأموال التى ورثها عنه، بل وفى أمواله الخاصة كذلك، ما لم يقبل التركة تحت شرط الجرد، فعندئذ تنحصر مسؤولياته فى الأموال الموروثة وحدها .

أما فى الشريعة الإسلامية فالقاعدة ألا تركة إلا بعد سداد الديون، ومقتضى هذه القاعدة أن الوارث لا يسأل شخصياً عن ديون المورث بالغة ما بلغت وإنما يسأل فقط فى حدود التركة، فإذا كانت أموالاً كافية لوفاء الدين وفاض منها شيء بعد ذلك خلص للورثة، وإن لم تكن كافية لم يكن لدائنى المورث رجوع على الورثة فيما بقى لهم من ديون (1) .

٢ - الحالات التى لا ينصرف فيها أثر العقد إلى الخلف العام :

لا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام فى ثلاث حالات :

الحالة الأولى : إذا كانت طبيعة الالتزام تأبى انتقاله إلى الورثة لاتصاله بشخص المدين. فمثلاً لا يلزم ورثة الرسام أو المثال بتنفيذ التزام مورثهم، وكذلك الحال بالنسبة لأصحاب المهن الحرة كالمهندس والمحامى والطبيب. فعقود هؤلاء مراعى فيها الاعتبار الشخصى. فهذه العقود تنحل بمجرد موت العاقد ولا ينصرف أثرها فى المستقبل إلى ورثته (2) . ومن ذلك أيضاً عقد الإيراد المرتب لمدى الحياة، والعقد المقرر لحق انتفاع نظراً لأن حق الانتفاع ينتهى حتماً بموت المنتفع.

الحالة الثانية : إذا وجد اتفاق بين المتعاقدين على عدم انصراف أثر العقد إلى الورثة : فعندئذ ينقضى العقد حتماً بمجرد وفاة المتعاقد. كما هو الشأن إذا اتفق المؤجر والمستأجر على انتهاء عقد الإيجار بوفاة أيهما. والعقد لا ينتهى هنا إلا بالنسبة للمستقبل. أما الآثار التى نشأت بالفعل قبل موت العاقد فهى تنتقل فى تركته.

---

(1) انظر فى أساس هذه القاعدة فى الفقه المصرى، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٧٧ ص ٢٤٤ ، ٢٤٥ ، عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق، فقرة ٣٤٢ ، ٣٤٣٤ ، وانظر موقف الفقه الإسلامى بالتفصيل ، السنهورى ، مصادر الحق ، جزء ٥ ، ص ٥٩ وما بعدها .

(2) نقض ١٩٨٥/٣/١١ س ٩٠ ص ٣٦٧ .

الحالة الثالثة : إذا نص القانون على أن أثر العقد لا يسرى فى حق الخلف العام، فقد نص القانون على عدم انتقال آثار بعض العقود إلى الورثة نظراً لاتصال الالتزامات الناشئة منها بشخص المتعاقد . من ذلك عقد الوكالة (م ٧١٤ مدنى مصرى) عقد المزارعة (م١٦٦ مدنى)، وعقد الشركة (م ٢٥٨ مدنى مصرى)

٣ - حالات يصبح فيها الخلف العام من الغير :

فى الحالات السابقة كان الوارث من الخلف العام، إلا أنه نظراً لطبيعة العقد أو لاتفاق المتعاقدين لم تنتقل آثار العقد إلى الوارث، ولكن هناك حالات يعتبر فيها الوارث من الغير بالنسبة لعقود المورث ، ولا تنفذ فى حقه هذه العقود. ويعتبر الوارث من الغير بالنسبة لتصرفات المورث التى تمس حق الوارث فى القدر الواجب أن يؤول إليه من التركة. فالوصية فيما زاد على ثلث التركة لا تسرى فى حق الورثة، إلا إذا أقروها. كما أن تصرف الشخص وهو فى مرض الموت فى مال من أمواله عن طريق التبرع يعتبر فى حكم الوصية، فلا ينفذ فى حق الوارث إلا فى حدود ثلث التركة، وفيما زاد على ذلك يعتبر الورثة من الغير ولا يسرى فى حقهم إلا اذا أقروه.

المطلب الثالث : أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص

تنص المادة ١٤٦ مدنى على أنه «إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشىء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فان هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف فى الوقت الذى ينتقل فيه الشىء ، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشىء» .

على ضوء هذا النص نعرض لتحديد المقصود بالخلف الخاص، ثم نقف بعد ذلك على مدى انصراف عقود السلف الى الخلف الخاص .

أولاً : المقصود بالخلف الخاص :

فهو من يتلقى من سلفه مالاً معيناً أو حقاً عينياً كان قائماً فى ذمة السلف.

كالمشترى والموهوب له والموصى له بعين معينة . وقد يكون المال الذى انتقل إلى الخلف الخاص حقاً شخصياً كالمحال له بالنسبة للمحيل .

- ويلاحظ أنه ليس كل من يتلقى حقاً شخصياً من الغير يعد خلفاً خاصاً له. فمثلاً لا يعتبر المستأجر خلفاً خاصاً للمؤجر، وذلك لأن عقد الإيجار لا ينقل مالاً من ذمة المؤجر للمستأجر بل هو ينشىء حقاً شخصياً للمستأجر، فهو دائن للمؤجر لا خلف له . أما إذا كان هذا الحق موجوداً من قبل في ذمة السلف، فإن من يتلقى هذا الحق يعتبر خلفاً خاصا له ، فالمحال له بالحق الشخصى يعتبر خلفاً خاصاً للمحيل، لأن الحق المحال كان موجوداً فى ذمة الدائن المحيل من قبل ، فالحوالة تنقل هذا الحق القائم ولا تنشئه ، ولذلك يكون هذا المحال له خلفاً خاصاً للمحيل وليس دائناً له. وكذلك الحال بالنسبة للمتنازل له عن الإيجار يعتبر خلفاً خاصاً للمستأجر، لأنه ينتقل إليه حق المستأجر قبل المؤجر، فهو يتلقى إذن مالاً كان قائماً فى ذمة المستأجر من قبل .

- وكذلك من يعود إليه الحق نتيجة فسخ أو إبطال العقد لا يكون خلفاً للطرف الثاني، فمثلا لا يعتبر البائع ، الذى تعود إليه ملكية العين المبيعة إذا ما فسخ عقد البيع أو أبطل، خلفاً خاصاً للمشترى فى ملكيتها، إذ هو لا يتلقى الملكية من المشترى، فمقتضى الأثر الرجعي للفسخ أو الإبطال أن المشترى يعتبر أنه لم يمتلك المبيع أصلا، أو بعبارة أخرى إن الملكية تعتبر كأنها لم تنتقل من قبل إلى المشترى وإنها لم تزل عن البائع قط .

ثانياً : مدى انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص

إن أهم ما يميز الخلف الخاص أنه لا يعد خلفاً للسلف إلا فى خصوص الحق الذى تلقاه وحده، أما فيما عدا هذا الحق فإن الخلف لا شأن له به، ويعد غيراً بالنسبة لتصرفات السلف فى غير الحق الذى آل إليه، فلا شأن له بها . فمن يشترى من آخر عقاراً لا شأن له بعقد قرض سبق أن عقده البائع، ما لم يكن العقار المبيع مرهوناً لضمان هذا القرض. كما أنه لا شأن له بعقد إيجار للبائع أجّر به عيناً أخرى يملكها .

إنما ينحصر البحث فى أثر عقود السلف المتصلة بالحق الذى انتقل إلى الخلف الخاص، كما لو كان بائع العقار قد أجره قبل البيع، أو كما كان قد أمن عليه لدى شركة تأمين ضد الحريق، فهنا يثور السؤال هل يلتزم المشترى بالإيجار أو التأمين الذى عقده البائع ؟ أو بعبارة أخرى هل ينصرف أثر العقد إلى الخلف الخاص بانتقال الشيء إليه. أم يعتبر من الغير بالنسبة لعقد سلفه فلا ينصرف أثره إليه ؟

القاعدة أنه يشترط لكى ينصرف أثر العقد إلى الخلف ثلاثة شروط :

الشرط الأول : أن يكون عقد السلف سابقاً على العقد الذى انتقل به الشيء إلى الخلف . أما العقود التى يبرمها السلف فى شأن الشيء المستخلف فيه، بعد انتقال الشيء إلى الخلف ، فإن الخلف يعتبر من الغير بالنسبة إليها، فلا يسرى أثرها عليه.

الشرط الثانى : أن تكون الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد السلف من مستلزمات الشيء الذى انتقل إلى الخلف .

(أ) ويعتبر الحق من مستلزمات الشيء إذا توافرت فيه شروط ثلاثة :

أن يكون مكملاً للشيء بأن يكون من شأنه حفظه أو تقويته أو درء الخطر عنه، وأن يكون حقاً لا يمكن أن يستعمله إلا مالك الشيء ، وأخيراً أن يكون الشيء هو محل الاعتبار فى تقريره فلم تراع فيه شخصية السلف .

وعلى هذا الأساس يكون من مستلزمات الشيء، فينتقل بانتقاله إلى الخلف الخاص، حق مشترى المتجر فى عدم منافسة البائع له، يعتبر من مستلزمات المتجر فينتقل إلى من يشتريه من المشترى . وإذا تعاقد شخص مع شركة لتأمين منزله من الحريق، ثم باع المنزل، فإن حقه قبل شركة التأمين ينتقل مع المنزل إلى المشترى. وعلى العكس لا يعتبر من مستلزمات الشيء فلا ينتقل إلى الخلف الخاص، حق بائع الأرض قبل المقاول الذى اتفق معه على إقامة بناء عليه، ومثل ذلك أيضا أن يكون بائع السيارة قد سبق أن استأجر «جراجا» لها، فلا ينتقل حقه فى الإيجار إلى مشترى السيارة .

(ب) وكذلك تعتبر الالتزامات التى عقدها السلف من مستلزمات الشىء إذا توافرت فيها شروط ثلاثة : أن يكون الالتزام محدداً للشىء أى يقيد من استعماله أو يحدد من سلطات المالك عليه، وأن يكون التزاماً ليس فى الوسع أن ينفذه عيناً إلا من انتقل إليه الشىء، وأن يكون الشىء هو محل الاعتبار فى تقريره فلم تراع فيه شخصية السلف .

وعلى هذا الأساس يعتبر من مستلزمات الشىء، التزام صاحب المتجر بعدم الاتجار فى سلعة معينة، والتزام المالك بمراعاة قيود معينة عند البناء، أو بعدم المطالبة بالشفعة إذا ما بيع العقار المجاور، فإذا بيع المتجر أو بيعت الأرض انتقل الالتزام إلى المشترى.

الشرط الثالث : أن يكون الخلف عالماً وقت انتقال الشىء إليه بالحق أو بالالتزام الناشىء عن العقد الذى سبق لسلفه أن أبرمه. واشتراط العلم بالنسبة للحقوق والالتزام تقرر لمصلحة الخلف الخاص، فلا يكون له محل فى الواقع إلا بالنسبة للالتزامات فحسب . وعبء اثبات علم الخلف بالالتزام يقع على عاتق المتعاقد مع السلف إذا ما طالب الخلف بتنفيذ ذلك الالتزام. ويشترط إثبات العلم الفعلى لا مجرد استطاعة العلم [1].

خاتمة المبحث : مما تجدر ملاحظته فى نهاية هذا المبحث أنه إذا كان «من المقرر أن العقد لا يتناول أثره بوجه عام إلا أطرافه ومن يمثلونهم فى التعاقد من خلف عام أو خاص، وأنه لا يكون حجة على من يخلف المتعاقد من وارث أو مشتر أو متلق عنه إذا إستند هذا الخلف فى إثبات ملكيته إلى سبب آخر غير التلقى» [2].

---

(١) وقد وردت هذه الأحكام فى نص المادة ١٤٦ من التقنين المدنى المصرى ويطابق هذا النص المادة ١٤٧ سورى، والمادة ١٤٦ ليبى، والمادة ١٤٢ عراقى ، والمادة ٢٠٧ أردنى .

(٢) نقض ١٩٨١/١٢/٢١ س ٣٢ ص ٢٣٦٥.

المبحث الثانى: أثر العقد بالنسبة إلى الغير

القاعدة والاستثناء:

القاعدة أن العقد لا ينصرف اثره إلا إلى العاقدين وخلفهما العام والخاص في الحدود السابق بيانها. أما بالنسبة للغير أى الأجنبى الذى لم يكن طرفاً في العقد ولم تربطه صلة بأى من طرفيه، فلا ينصرف إليه أثر العقد سواء كان حقاً أم التزاماً.

هذه القاعدة، وهى أن العقد لا يكسب الغير حقاً ولا يلزمه بالتزام يرد عليه استثناءات. وهذه الاستثناءات قد يكون مصدرها القانون، وقد يكون مصدرها إرادة المتعاقدين.

- ومن الاستثناءات القانونية، حالة الدعوى المباشرة وهى الدعوى التى تخول الدائن المطالبة بحق ناشئ من عقد لم يكن طرفاً فيه، وذلك بأسمه الخاص لا باسم مدينه الذى أبرم هذا العقد. مثال ذلك جواز رجوع المؤجر بدعوى مباشرة على المستأجر من الباطن في حدود ما هو ثابت في ذمته للمستأجر الأصلى. وتعتبر الدعوى المباشرة استثناء على مبدأ عدم انصراف أثر العقد للغير. وهى لا تتقرر إلا بنص خاص.

- ومن ذلك أيضاً أن عقود الإدارة التى يعقدها غير المالك أومن زالت ملكيته بسبب الفسخ أو البطلان أو الرجوع، تنفذ في حق المالك الحقيقى أو من عادت إليه الملكية. إذا كانت هذه العقود قد عقدت بغير غش ولم تتجاوز حدود المألوف في الإدارة، فهنا نجد شخصاً أجنبياً عن العقد يلتزم بآثاره.

- وتطبيقاً لنظرية الأوضاع الظاهرة قد ينفذ العقد في حق الغير، فتصرف الوارث الظاهر ينفذ في حق الوارث الحقيقى.

- وكذلك العقود التى يبرمها أغلبية الشركاء على الشيوع تنفذ في حق الأقلية، استثناءً من مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد.

- ويجوز الخروج على مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد، بإرادة طرفيه، في شقه الإيجابى. إنشاء الحق، دون شقه السلبى، إنشاء الالتزام، فليس لطرفى العقد أن يرتبا باتفاقهما التزاماً في ذمة الغير(1). فتعهد أحد الطرفين عن الغير لا ينشىء

(1) نقض ٢٩ /١٩٧٨/٣ س ٢٩ ص ٩٠٠

سوى التزام في ذمة المتعهد نفسه وعلى العكس لطرفي العقد أن يُشترطا حقاً لمصلحة الغير، فينشأ للمنتفع حق مباشر من عقد لم يكن طرفاً فيه[1].

فنتكلم أولاً في التعهد عن الغير، وأثره لا ينصرف إلى الغير فلا يرتب في ذمته التزاماً، ثم في الاشتراط لمصلحة الغير، وأثره ينصرف إلى الغير فيكسبه حقاً.

المطلب الأول: التعهد غير الغير

نود منذ البداية أن نؤكد على حقيقة هامة وهى أن التعهد عن الغير لا يتضمن أى استثناء من مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد، وإنما هو محض تطبيق للقواعد العامة. فإذا كانت الغاية المقصودة من التعهد هى الحصول على التزام الغير، فإن التعهد بذاته لا ينشىء سوى التزام في ذمة المتعهد بالحصول على رضى الغير، أما الغير فهو لا يلتزم بمقتضى التعهد بل هو أجنبى عنه، ولا يلتزم إلا برضاه وهو حر في القبول أو الرفض. وعلى ذلك يجب أن نعرض لمقومات التعهد وشروطه ثم نتعرف بعد ذلك على آثاره.

أولاً: تعريف التعهد عن الغير وصوره:

والتعهد عن الغير هو تعهد شخص بحمل الغير على قبول أو إقرار الالتزام بأمر معين. كأن يتعهد شخص لمدير مسرح بأن يجعل فناناً معيناً يقبل العمل في مسرحه، أو أن يتعهد بأن يحصل على رضاء فنان بإحياء حفلة غنائية أو برسم صورة. وقد يكون بين الشركاء على الشيوع قاصر أو أحد الشركاء غير حاضر، ويريدون بيع الشىء الشائع دون انتظار خوفاً من ضياع الصفقة. في مثل هذه الأحوال يتعاقد بقية الشركاء عن أنفسهم وعن القاصر أو الغائب، ويتعهدون بأن يقر هؤلاء البيع عند بلوغ الأول سن الرشد وعند حضور الثانى.

---

(١) وقد نصت المادة ٢٢٥ موجبات وعقود لبنانى صراحة على هذه القاعدة بقولها "إن العقد لا ينتج في الأساس مفاعيله في حق شخص ثالث".
ونصت المادة ٢٢٦ موجبات وعقود قولها "على أن هذه القاعدة لا تحتمل شذوذا من الوجه السلبى". وأخيرا نصت المادة ٢٢٧ موجبات وعقود على "أن الصفة النسبية في العقود تحتمل شذوذات من الوجه الإيجابى، فيجوز للمرء أن يعاقد باسمه لمصلحة شخص ثالث بحيث يصبح هذا الشخص دائنا للملتزم بمقتضى العقد نفسه".

وتنص المادة ١٥٣ مدنى مصرى على أنه "إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فلا يلزم الغير بتعهده، فإذا رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذى تعهد به" "أما إذا قبل الغير هذا التعهد، فإن قبوله لا ينتج أثراً إلا من وقت صدوره، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذى صدر فيه التعهد"[١].

ثانياً: شروط التعهد عن الغير:

ويجب حتى يقوم التعهد عن الغير أن تتوافر الشروط الآتية:

الشرط الأول: أن يتعاقد المتعهد باسمه لا باسم الغير الذى يتعهد عنه فالمتعهد يلتزم شخصياً بالحصول على رضاء الغير .وفى هذا يختلف المتعهد عن الغير عن الوكيل، أو النائب بوجه عام، الذى يبرم العقد باسم الأصيل ولحسابه، فينصرف أثر العقد إلى الأصيل، أما المتعهد عن الغير فيعمل باسمه وينصرف إليه هو أثر العقد.

الشرط الثانى: يجب أن تتجه إرادة المتعهد إلى إلزام نفسه لا إلى إلزام الغير: إذ كما قلنا لا يمكن لأحد أن يلزم غيره بدون إرادته. فالاتفاق على إلزام الغير بعقد لم يكن طرفاً فيه هو اتفاق باطل. وهذا هو الفرق بين المتعهد عن الغير والمشترط لمصلحة الغير، فالمشترط لمصلحة الغير يريد أن يجعل للغير حقاً يكسبه مباشرة من ذات العقد الذى أبرمه المشترط، وهذا ما يجعل الاشتراط لمصلحة الغير استثناء من القاعدة التى تقضى بأن العقد لا ينصرف أثره إلى الغير، ويجعل التعهد عن الغير تطبيقاً لهذه القاعدة.

---

(١) ونصت المادة ٢٢٦ موجبات وعقود لبنانى على ما يأتى "على أن هذه القاعدة لا تحتمل شذوذات من الوجه السلبى، فالوعد عن شخص ثالث يقيد الواعد إذا تكفل بحملة على الرضاء وأخذ الأمر على نفسه، وتبقى للشخص الثالث الحرية التامة في الموافقة أو الرفض (المادة ١٩٣) وتنص هذه المادة على أنه "يجوز للمرء أن يعد بعمل غيره، لكن هذا الوعد لا يلزم إلا صاحبه ولا يتناول مفعول الشخص الثالث، بل تبقى لهذا الشخص حريته التامة"، "فالامتناع عن الموافقة إذا لا يجعل الشخص مسئولاً بشيء على الإطلاق لكن يجعل ذلك المتكفل مستهدفاً لأداء بدل. العطل والضرر لعدم قيامه بالعمل الذى تكفل به صراحة أو ضمناً". "أما الموافقة فمفاعيلها بين المتعاقدين تبتدئ من يوم العقد، ولا يكون لها مفعول تجاه الشخص الثالث إلا من يوم حصولها".

الشرط الثالث: أن يكون التعهد عن الغير محله التزام المتعهد بحمل الغير الذى تعهد عنه على قبول أو إقرار الالتزام بأمر معين. فالمتعهد يلتزم بعمل شيء. وهو التزام بتحقيق نتيجة، أى يجب أن يصل المتعهد فعلاً إلـى جعل الغير يقبل أو يقر الالتزام، ثم يقف التزامه عند ذلك فلا يكفل تنفيذ الغير للالتزام بعد أن قبله أو أقره. وهذا هو الفرق بين المتعهد عن الغير والكفيل، فالكفيل يكفل تنفيذ التزام معين بعد أن يوجد ولا يكفل إيجاده، أما المتعهد عن الغير فيكفل إيجاد الالتزام في ذمة الغير ولا يكفل تنفيذه[1]

ثالثاً: أثر التعهد عن الغير:

ونعرض هنا للمبدأ العام ثم بعد ذلك ندرس تطبيق هذا المبدأ.

١- المبدأ: حرية الغير في القبول أو الرفض:

إن الغير يكون حراً في قبول أو إقرار الالتزام، أو رفض أو عدم إقراره، فهو أجنبى عن عقد التعهد عن الغير، ولذلك فهو لا يسأل بشيء إذا هو رفض أو لم يقر الالتزام.

٢- تطبيق المبدأ:

وندرس هنا كيف يتم قبول الغير أو إقراره، وكذلك نقف على أثر رفضه أو عدم إقراره.

أ- قبول الغير أو إقراره:

الفرض الأول: فإذا كان التعهد عن الغير عقداً مستقلاً مقصوداً لذاته، كما لو تعهد شخص لمدير مسرح بأن يعمل على قبول فنان معين للعمل في مسرحه، أو تعهد بأن يحصل على رضاء فنان بإحياء حفلة غنائية أو برسم صورة، ففى هذه الحالة يعتبر التعهد، وهو عقد بين المتعهد والمتعاقد معه، بمثابة إيجاب معروض على الغير من جانب المتعاقد مع المتعهد، فإذا قبل الغير التعهد فقد قبل هذا الإيجاب، وتم عقد جديد بين الغير والمتعاقد مع المتعهد، وهذا العقد الجديد هو غير العقد الذى تم أولاً بين المتعهد والمتعاقد معه، ويختلف العقدان من حيث

(١) انظر السنهورى، الوجيز، فقرة ٢٤٠ ص ٢١٦.

أطراف التعاقد، فالعقد الاول طرفاه المتعهد والمتعاقد معه، العقد الثانى طرفاه المتعاقد مع المتعهد والغير، فهناك طرف مشترك في العقدين هو المتعاقد مع المتعهد. ويختلف العقدان كذلك من حيث الالتزامات التى تنشأ عنهما، فالعقد الأول ينشىء التزاما بعمل شىء في ذمة المتعهد وهو حمل الغير على قبول التعهد، والعقد الثانى ينشىء التزاما في جانب الغير قد يكون محله نقل حق عينى أو عمل أو امتناع عن عمل حسب نوع التعهد الذى أبرمه مع المتعاقد الآخر. ويختلف العقدان أخيرا من حيث الوقت الذى يتم فيه كل منهما، فالعقد الأول يتم عند تلاقى الإيجاب والقبول من المتعهد والمتعاقد معه، والعقد الثانى لا يتم إلا عند صدور القبول من الغير. فليس للقبول إذن أثر رجعى إلا إذا تبين أن الغير قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر القبول إلى الوقت الذى صدر فيه التعهد(١). والقبول قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا، مثل أن يقوم الغير بتنفيذ التعهد. ويجب أن يتوافر لدى الغير الأهلية اللازمة للقبول. كما لا يشترط في القبول أى شكل خاص إلا إذا اشترط القانون ذلك، كما في الرهن الرسمى والهبة.

الفرض الثانى: أما إذا كان التعهد عن الغير تابعا لعقد آخر، كعقد بيع الشركاء على الشيوع الذين من بينهم قاصر أو شريك غير حاضر، أو عندما يكون من عقد العقد عن الغير (كالوكيل والوصى) قد تجاوز حدود نيابته عنه وتعهد للغير بإقرار الأصيل، في هذه الحالات فإن ما يصدر عن الغير لا يعدو أن يكون إقرارا لمثل هذه التصرفات حتى تصبح نافذة وسارية في حقه، أى ترتب آثارها في ذمته، بالرغم من أنه لم يكن طرفا بها وإنما كان أجنبيا عنها. ويكون لهذا الإقرار أثر رجعى لأن هذا الأثر الرجعى يتفق مع قصد ذوى الشأن(٢).

---

(١) السنهورى، الوجيز، فقرة ٢٤١، ٢٤٢ ص ٢١٧، ٢١٨، وانظر المادة ١٥٣ من الذ المدنى، المصرى، وما يطابقها من نص المادة ١٥٤ مدنى سورى، والمادة ١٥٥ مدنى ليبى، والمادة ١٥١ مدنى عراقى، والمادة ٢٠٩ مدنى اردنى.

(٢) قارن عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٢٦٢، ص ٤٥٥، ٤٥٦، ٤٥٧، وانظر تحليل أخر للدكتور اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٨٦، ص ٣١٤، وفقرة ١٨٧ ص ٣٦٥

ب- رفض الغير أو عدم إقراره:

- ومن ناحية أخرى فإن للغير أن يرفض التعهد أو لا يقر التصرف، وللغير كامل الحرية في ذلك، ولا يكون مسئولاً بشيء، لأن التعهد أو التصرف لا يرتب في ذمته أى التزام.

- وإنما يثير رفض الغير أو عدم إقراره مسئولية المتعهد، فهو لم ينفذ التزامه تنفيذاً عينياً. لأنه لم يفلح في الحصول على قبول أو إقرار الغير للتعهد أو التصرف. ولذلك يكون المتعهد مسئولاً في مواجهة المتعاقد معه، وجزاء هذه المسئولية دفع تعويض للمتعاقد معه عما أصاب هذا من الضرر من جراء رفض الغير للتعهد أو عدم إقراره التصرف. ولا يجوز إجبار المتعهد على تنفيذ العقد الذى كان يراد من الغير قبوله أو إقراره، فالمتعهد لم يلتزم بذلك، بل التزم فقط بالحصول على قبول الغير أو إقراره. لكن ليس هناك ما يمنع من أن يقوم المتعهد بتنفيذ العقد الذى رفضه الغير إذا كان تنفيذه ممكناً ولم يكن متصلاً بشخص الغير، وذلك ليتخلص من التعويض الذى يطالبه به المتعاقد معه.

المطلب الثانى: الاشتراط لمصلحة الغير

الاشتراط لمصلحة الغير يعتبر استثناءً على مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد وصورته أن يكون هناك عقد بين المشترط والمتعهد ينشأ عنه حق مباشر للمنتفع قبل المتعهد، رغم أن هذا المنتفع لم يكن طرفاً في هذا العقد، بل أجنبياً عنه.

ولدراسة الاشتراط لمصلحة الغير، يجب أن نعرض أولاً لتعريفه وأهميته، ثم بعد ذلك لشروطه وأخيراً لآثاره.

أولاً: تعريف الاشتراط لمصلحة الغير وأهميته:

الاشتراط لمصلحة الغير عقد يشترط فيه أحد الطرفين، ويسمى المشترط، على الطرف الآخر ويسمى المتعهد، التزاماً لمصلحة شخص ثالث ليس طرفاً في العقد يسمى المنتفع أو المستفيد، بحيث ينشأ عن هذا العقد حق مباشرة للمنتفع قبل المتعهد.

ومن أمثلته، عقد التأمين على الحياة، الذى يبرمه شخص مع شركة التأمين ليوص فيه على حياته لمصلحة زوجته أو أولاده أو لمصلحة أى شخص حر يربطه به صلة قرابة أو مودة أو عقد البيع الذى يشترط فيه البائع على المشترى أن يؤدى الثمن أو جزءاً منه إلى شخص ثالث. وفى الهبة قد يشترط الواهب على الموهوب له ترتيب إيراد لشخص من الغير لمدى حياته. ولم يستقر الاشتراط لمصلحة الغير في القانون الوضعى إلا على سبيل الاستثناء في كل من القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم والتقنين المدنى الفرنسى. ثم انقلب هذا الاستثناء إلى قاعدة عامة في التقنيات الحديثة[1].

وتنص المادة ١٥٤/ ١ مدنى مصرى على أنه "يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية".

ثانياً: شروط تحقق الاشتراط لمصلحة الغير:

حتى يتحقق الاشتراط لمصلحة الغير يجب توافر شروط أربعة:

الشرط الأول: أن يتم التعاقد باسم المشترط لا باسم المنتفع. يلزم في الاشتراط لمصلحة الغير أن يتم التعاقد باسم المشترط نفسه لا باسم المنتفع. وهذا هو الذى يميز الاشتراط لمصلحة الغير عن النيابة، فالنائب وكيلاً كان أو ولياً أو فضولياً، يتعاقد باسم الأصيل، أما المشترط فيتعاقد باسمه. فلو أن الناقل قد أبرم عقد تأمين على البضائع التى يقوم بنقلها باسم مالك البضائع، فإننا نكون بصدد نيابة في التعاقد إذا كان الناقل موكلاً بالتأمين على البضائع أو بصدد عمل من أعمال الفضالة إن لم يكن الناقل موكلاً بذلك، ولا يوجد هنا أى اشتراط لمصلحة الغير.

الشرط الثانى: أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر للغير المنتفع أو المستفيد، فإذا لم تنصرف إرادة المتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر للمنتفع

(١) انظر المواد ١٥٤ ـ ١٥٦ مدنى مصرى، وما يطابقهم المواد ١٥٥ ـ ١٥٧ مدنى سورى، والمواد ١٥٦ ـ ١٥٨ مدنى ليبى، والمواد ١٥٢ ـ ١٥٤ مدنى عراقى، والمواد ٢١٠ ٢١٢ مدنى أردنى، ويقاربهم المواد ٢٢٧ ٢٣١ قانون الموجبات اللبنانى.

لم نكن بصدد اشتراط لمصلحة الغير. مثل ذلك إذا كان الحق الناشئ عن العقد يتعلق بالمشترط نفسه حتى ولو كانت تعود منه فائدة على الغير. ومثال ذلك عقد التأمين الذى يؤمن شخص بمقتضاه على مسئوليته عما ينجم من الضرر للغير. فهذا العقد لا يتضمن أى اشتراط لمصلحة الغير، لأنه لا ينشأ عنه حق مباشر للمضرور، وإنما فيه تأمين لمصلحة المشترط نفسه، وإذا كان التعويض الذى أخذه من شركة التأمين يعود بالفائدة على المضرور، إذ يستطيع أن يستوفى منه حقه وإن زاحمه في ذلك سائر دائنى المؤمن له. ولتجنب هذه المزاحمة أنشأ القانون دعوى مباشرة للمضرور قبل شركة التأمين.

الشرط الثالث: أن تكون للمشترط مصلحة شخصية في الاشتراط للغير، يستلزم لقيام الاشتراط أن تكون للمشترط مصلحة شخصية في الاشتراط للغير.فإذا لم تكن هناك مصلحة لا يقوم الاشتراط نفسه، أى يقع باطلا. وهذه المصلحة قد تكون مادية وقد تكون مصلحة أدبية.ويتوسع الفقه والقضاء في الوقت الحاضر في تصوير فكرة المصلحة الأدبية. بحيث لا يقتصر الأمر على حالات يصح فيها الاشتراط لمصلحة الغير دون غيره، بل يكفى أن تكون للمشترط مصلحة في تنفيذ الاشتراط أيا كانت صورته.

الشرط الرابع: تعيين المنتفع أو قابليته للتعيين، وجود المنتفع أو قابليته للوجود. قد يعين المنتفع بذاته في عقد الاشتراط، ولكن ذلك ليس بشرط، فيجوز أن يقتصر العقد على بيان الصفات المميزة للمنتفع، والتى يتعين بها شخصه وقت ترتيب العقد لأثره، كما في التأمين على الحياة لمصلحة الزوجة (ولو لم يكن المؤمن له متزوجا وقت إبرام العقد) أو الأولاد أو الورثة دون ذكر أسمائهم، وقد يحتفظ المشترط بحق تعيين المنتفع في المستقبل، ويتم التعيين اللاحق إما بالذات أو بالصفات المميزة لشخص المنتفع، ويكون له أثر رجعى يستند إلى وقت إبرام العقد.

كما لا يشترط وجود المنتفع وقت الاشتراط، فيصح للشخص أن يؤمن على حياته لمصلحة أولاده من ولد منهم ومن لم يولد. وقد لا يكون للمؤمن له أولاد أصلا ومع ذلك يصح التأمين لمصلحة ما عسى أن يوجد له من أولاد في المستقبل.

* اما إذا لم يوجد المنتفع أو لم يعين وقت ترتيب المشارطة لأثرها، كما إذا مات المؤمن على حياته لمصلحة أولاده، ولم يخلف ولدا، أو كان المؤمن له قد احتفظ بحق تعيين المنتفع ومات قبل أن يستعمله، فإن الاشتراط يبطل أثره بداهة، ويدخل مبلغ التأمين في تركة المؤمن له.

ثالثا: آثار الاشتراط لمصلحة الغير:

إن الاشتراط لمصلحة الغير ثنائى في تكوينه. فهو ينعقد باتفاق المشترط والمتعهد.ولكنه ثلاثى في آثاره، فهو ينشىء علاقات ثلاث بين المشترط والمتعهد، وبين المنتفع والمتعهد، وبين المشترط والمنتفع.

١ - علاقة المشترط بالمتعهد:.

تخضع هذه العلاقة للاتفاق الذى تم بينهما وهما طرفا عقد الاشتراط. وهذه العلاقة تتميز بميزتين:

أ ـ المشترط ليس دائنا بالأداء المشروط:

طبيعة الاشتراط ذاتها تملى بأن لا يكون المشترط دائنا بالأداء المشروط لمصلحة المنتفع، بل أن المنتفع يكون وحده هو الدائن به كما سنرى تفصيلا عند الحديث عن علاقة المنتفع بالمتعهد.

ب- حق المشترط في مراقبة تنفيذ الاشتراط:

لكن للمشترط بما له من مصلحة شخصية في التزام المتعهد نحو المنتفع أن يراقب تنفيذ هذا الالتزام. وعلى ذلك فإن للمشترط دعوى التنفيذ قبل المتعهد، يطالبه بأن يؤدى إلى المنتفع الأداء الذى اشترط لمصلحته. كما أنه يحق للمشترط، إذا المتعهد أخل بالتزامه نحو المنتفع، أن يطلب الحكم بالزام المتعهد بتعويض المنتفع، فضلا عن تعويضه هو - أى المشترط - عن الضرر الذى أصابه شخصيا من جراء إخلال المتعهد بالتزامه. وللمشترط طبقا للقواعد العامة، أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، فيمتنع عن تنفيذ ما يكون قد التزم به نحو المتعهد بمقتضى العقد الذى تضمن الاشتراط، وإلى أن يقوم المتعهد بتنفيذ التزامه نحو المنتفع. كما يحق للمشترط طلب فسخ العقد فيتحلل من التزامه للمتعهد.

٢ـ علاقة المتعهد بالمنتفع:

يتجلى في هذه العلاقة الأثر الجوهرى للاشتراط لمصلحة الغير، اذ ينشأ للمنتفع حق مباشر قبل المتعهد مصدره عقد الاشتراط. ولا يتوقف نشوء هذا الحق على قبول المنتفع، لكنه يكون قابلا للنقض من جانب المشترط إلى أن يبدى المنتفع رغبته في الاستفادة من الاشتراط.وعلى ذلك فإن لهذه العلاقة وجهان:

أ ـحق مباشر للمنتفع قبل المتعهد لا يتوقف نشوؤه على قبول المنتفع:

ـ ويترتب على أن حق المنتفع ينشأ مباشرة من عقد الاشتراط دون أن يمر بذمة المشترط، أن يصبح المنتفع دائنا به للمتعهد.ولذلك لا يكون لدائنى المشترط أو ورثته أى شأن به، فهو لا يدخل الضمان العام لدائنيه. ولا يعتبر جزءا من تركته بعد وفاته.

ـ وللمنتفع بمقتضى حقه المباشر أن يطالب المتعهد بتنفيذ ما تعهد به لمصلحته[١]، لكن ليس للمنتفع، إذا ما أخل المتعهد بالتزامه نحوه، أن يطلب الحكم بفسخ العقد المتضمن الاشتراط، لأنه ليس طرفا فيه. وإنما يكون ذلك للمشترط وحده.

• وينشأ حق المنتفع من وقت العقد لا من وقت إظهار رغبته في الاستفادة من الاشتراط. فإذا مات المنتفع قبل إظهار رغبته في الاستفادة من الاشتراط، بل وقبل أن يعلم بالاشتراط المعقود لمصلحته، فإن حقه قبل المتعهد ينتقل إلى ورثته. كما لا يتأثر حق المنتفع بوفاة المتعهد أو المشترط أو فقد أى منهما للأهلية في الفترة ما بين انعقاد الاشتراط وإظهار الرغبة.

ـ لكن من جانب آخر يستطيع المتعهد أن يدفع مطالبة المنتفع له بكل الدفوع التى ترد على عقد الاشتراط. فيكون له أن يطعن فيه بأى وجه من وجوه البطلان (م ١٥٤/ ٢ مدنى مصرى)، وإذا كان المشترط لم يقم بما التزم به في عقد الاشتراط كان للمتعهد أن يدفع في مواجهة المنتفع بعدم تنفيذ المشترط لالتزامه. كما يكون له أن يطلب الحكم بالفسخ.

---

(١) نقض ١٩٨٤/١١/١٥ الطعن ١٧١٥ لسنة ٤٩ ق.

ب- حق المنتفع قابل للنقض من جانب المشترط إلى أن يقبله المنتفع:

وحق المنتفع، ولو أنه ينشا من عقد الاشتراط مباشـرة، إلا أنـه حـق قـابل للنقض من جانب المشترط، حتى يظهر المنتفع رغبته في الاستفادة من الاشـتراط (م ١٥٥ مدنى مصرى) وسنعرض لهذا الوجه تفصيلا فيما بعد.

٣- علاقة المشترط بالمنتفع:

في هذا الصدد يجب أن نحدد طبيعة هذه العلاقة، ثم بعـد ذلـك نقف علـى طبيعة حق المشترط في نقض المشارطة وآثاره وحدوده.

أ - تتحدد طبيعة هذه العلاقة بالدافع إلى الاشتراط:

- فإذا كان القصد من الاشتراط هو التبرع للمنتفع، فـإن الاشـتراط يعتبر هبة غـير مباشـرة فـي العلاقـة بيـن المشـترط والمنتفـع، ولا تخضـع بذلـك للشـكل الرسمى اللازم للهبـة، وإن كـانت تخضـع للقواعد الموضوعيـة، كمـا هـو الشـأن بالنسبة للأهلية، فيجب أن تتوافر أهليـة المتبرع فـي المشـترط وقـت عقده، وإلـى غير ذلك من القواعد الموضوعية الواردة في القانون المدنى.

- أما إذا كانت العلاقة بين المشترط والمنتفع معاوضة، فإنها تتحدد علـى ضـوء ما هناك من علاقات بين الطرفين. فقد يقصد من الاشتراط وفاء ديـن سـابق في ذمة المشترط، وقد يقصد منه تعويض المنتفع عما يوقعه المشترط من أضرار بالغير.

ب-حق المشترط في نقض المشارطة، طبيعته، آثاره، حدوده:

- إن حق المنتفع، ولو أنه ينشأ له من عقد الاشتراط مباشـرة دون توقف على قبوله إلا أنـه حـق قـابل للنقض مـن جـانب المشـترط إلـى أن يظـهر المنتفـع رغبته في الاستفادة من الاشتراط.

- وحق المشترط في نقـض المشـارطة حـق متصـل بشـخصه، فـلا يجـوز لدائنيه استعماله عنـه بـالدعوى غير المباشـرة، ولا ينتقـل إلـى ورثتـه بعـد وفاتـه. ويكون استعمال المشترط لحقه في نقض المشـارطة بتعبـير عـن الإرادة، لا يجـب فيه شكل خاص، وقد يكون صريحا أو ضمنيا.

• ويترتب على نقض المشارطة زوال حق المنتفع بأثر رجعى وكأنه لم يكن. ولكن الأصل ألا تبرأ ذمة المتعهد، ما لم يتفق صراحة أو ضمنا على براءة ذمة المتعهد عند نقض المشارطة. وعندما ينقض المشترط المشارطة ويزول حق المنتفع فإنه يستطيع أن يعين منتفعا آخر، فيثبت الحق للمنتفع الجديد من وقت عقد الاشتراط لا من وقت تعيينه ولا من وقت نقض حق المنتفع. وإذا لم يعين منتفعا آخر ولم يبرئ ذمة المتعهد فإن الحق ينصرف إليه هو، ويثبت له هذا الحق من وقت العقد لأنه لم يتلقاه من المنتفع وفى هذه الحالة يصير الاشتراط لمصلحة الغير عقدا عاديا لا ينصرف أثره إلا إلى المتعاقدين (م١٥٥/ ٢ مدنى مصرى).

- ويسقط حق المشترط في نقض الاشتراط بإبداء المنتفع رغبته في الاستفادة منه. وإبداء الرغبة ليس قبولا لإيجاب ينعقد به عقد جديد، فحق المنتفع قد نشأ له من عقد الاشتراط الذى تم إبرامه بين المشترط والمتعهد، وإنما هو تثبيت لهذا الحق الذى يجعله غير قابل للنقض.

وإبداء الرغبة في الاستفادة من الاشتراط تعبير عن الإرادة قد يكون صريحا أو ضمنيا، ولا يجب فيه شكل خاص، ويكفى لكى يترتب على إبداء الرغبة أثره في تثبيت حق المنتفع أن يعلن إلى المشترط أو المتعهد، فلا يشترط أن يعلن إليهما معا. وللمنتفع أيضا أن يرفض الاشتراط، فيترتب على الرفض الآثار نفسها التى تترتب على نقض المشترط للاشتراط.

الباب الرابع

الإرادة المنفردة(١)

تمهيد:

سبق أن تحدثنا عن العقد باعتباره مصدرا إراديا عاما للالتزام، ولكنه ليس المصدر الوحيد، بل تقوم الإرادة المنفردة بجانبه مصدرا ثانويا، لا تنشىء الالتزام إلا في حالات محدودة ينص عليها القانون حينما تدعوه حاجة التعامل إلى أن ينشأ الالتزام في ذمة شخص بإرادته وحدها دون توقف على قبول من آخر. وهذا ما استقر عليه التقنين المدنى في مصر.

مع ذلك فإن هناك خلافا في الفقه حول مدى صلاحية الإرادة المنفردة كمصدر عام للالتزام بالرغم من التسليم بقدرتها على ترتيب آثار قانونية أخرى غير إنشاء الالتزام.

لذلك يجب أن نقف في فصل أول، على مدى قدرة الإرادة المنفردة في إنشاء الالتزام، ثم نعرض في فصل ثان، لأهم تطبيقات الإرادة كمصدر خاص للالتزام، الوعد بجائزة الموجه للجمهور.

---

(١) انظر بصفة خاصة:
A.SALAMA, La conception de l'engagement unilatéral en droit civil comparé, Thèse Paris, 1957

وانظر لنفس المؤلف، فكرة الالتزام بالإرادة المنفردة، مجلة العلوم القانونية السنة الخامسة (١٩٦٣) العدد الثاني، والسنة السادسة (١٩٦٤) العددان الأول والثاني

J. Martin de la Monte. l'acte Juridique unilatéral. Toulouse 1951

الفصل الأول

مدى قدرة الإرادة المنفردة في إنشاء الالتزام

اختلف الفقهاء حول مدى صلاحية الإرادة المنفردة كمصدر عام للالتزام، لكن هذا الاختلاف لا يخفى حقيقة هامة وهى أن هناك تصرفات قانونية عديدة تتم بالإرادة منفردة وتترتب عليها آثار قانونية متنوعة غير إنشاء الالتزام. في ظل هذا الاختلاف اتخذت بعض التقنينات، ومنها التقنين المدنى المصرى، موقفا وسطا واعتبرت الإرادة المنفردة مصدرا خاصا للالتزام.ولنر هذه النقاط بشيء من التفصيل.

المبحث الأول: صلاحية الإرادة المنفردة في ترتيب آثار قانونية غير إنشاء الالتزام

نود أن نؤكد منذ البداية حقيقة هامة بأن هناك تصرفات قانونية عديدة تتم بإرادة منفردة وتترتب عليها آثار قانونية متنوعة غير إنشاء الالتزام: فقد تكون سببا لإنشاء حق عينى، كالوصية، كما قد تكون سببا في إنهائه، كالنزول عن حق رهن أو حق إرتفاق. وقد تقوم الإرادة المنفردة بتأكيد وجود العقد، كإجازة العقد القابل للإبطال، وقد تنهى العقد في حالات معينة، كعزل الوكيل، أو إنهاء العقد غير المحدد المدة بصفة عامة. كما أن الإرادة المنفردة قد تؤدى إلى نفاذ العقد في حق شخص معين، كالإقرار. وقد تقوم الإرادة المنفردة بتثبيت الحق الشخصي وتأكيده، كإبداء الرغبة من جانب المنتفع في الاستفادة من الاشتراط لمصلحة الغير، كما أنها قد تؤدى إلى انقضائه، كالإبراء(1).

---

(1) انظر السنهورى، الوسيط، ط ٢، جـ ١، المجلد الأول سنة ١٩٦٤، فقرة ٩٠٦، ص ١٤٤٥، عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٣٤٦، ص ٦٧٦، سليمان مرقس الوافى في شرح القانون المدنى (٢) في الالتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ١٩٨٧، فقرة ١٥٦ ص ٦٨٤، وانظر في عرض مستفيض لدور الإرادة المنفردة في القانون الفرنسى. Chr. Larroumet, op. cit; no 86 p. 79 et s.
وانظر بصفة خاصة في شركة الشخص الواحد ذات المسئولية المحددة فقرة ١٠٣ مكرر ص ٩١ وانظر في هذا الموضوع في كتابنا في نظرية الحق، دار المعرفة الجامعية ٢٠٠٠ ص ٢٤٤ وبصفة خاصة هامش ١، ٢.

كما هو واضح فإن هذه التصرفات القانونية كلها تتم بإرادة منفردة وترتب آثار قانونية ولكنها لا تنشىء إلتزاما. فما مدى صلاحية الإرادة المنفردة إذن في إنشاء الالتزام؟؟ هذا هو موضوع الفقرة التالية.

المبحث الثاني: الخلاف حول صلاحية الإرادة المنفردة كمصدر عام للالتزام

المشكلة تتحصر إذن في التساؤل التالى، هل يمكن إعطاء الإرادة المنفردة، خارج نطاق الحالات السابقة، القدرة على إنشاء الالتزام في ذمة شخص بإرادته وحدها دون توقف على قبول من آخر؟ حول هذه المشكلة اختلف الفقهاء، هناك النظرية التقليدية التى ترى عدم قدرة الإرادة المنفردة في إنشاء الالتزام، ونظرية الالتزام بالإرادة المنفردة، ونظرية وسط، الإرادة المنفردة مصدر للالتزام في حالات خاصة. لنر ذلك بشيء من التفصيل.

أولا: النظرية التقليدية: عدم قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزام

يرى غالبية الفقهاء في فرنسا أن الإرادة المنفردة وحدها لا تنشيء التزاما وإنما يلزم لنشوء الالتزام الإرادى توافق ارادتين. وقد حاول أنصار هذه النظرية تقديم العديد من الأسانيد لتدعيمها ولكنها لم تكن في غالبيتها مقنعة[1]. وأهم هذه الأسانيد أن السماح للإرادة المنفردة بإنشاء الالتزام يقتضى بالضرورة السماح لها بالتحلل من الالتزام والعدول عنه وهذا يؤدى إلى نفى الالتزام في ذاته، حيث أن المدين يستطيع بمحض إرادته أن يتحلل من التزامه بمجرد الإعلان عن إرادة مخالفة.

وهذه الحجة ترتكز أساسا على مبدأ سلطان الإرادة، فكما أن للإرادة سلطانا في الإنشاء، فأن لها نفس السلطان في الإنهاء. وبناء على ذلك فإن الالتزام الإرادى لا يمكن أن ينشأ إلا من عقد، حيث يمتنع على من يلتزم بإرادته عدوله عن التزامه متى قيدته بذلك إرادة أخرى غير إرادته، وأن الإرادة المنفردة عاجزة عن إنشائه ولا تعتبر مصدرا من مصادره[2].

(١) انظر في تفصيل ذلك: B. Starck, op. cit, no. 1057 et S.p. 351 et S.
(٢) انظر في تقييم هذه الحجة B Starck. op cit No 1062. p 351 et 352

ثانيا: نظرية الالتزام بالإرادة المنفردة: هذه النظرية قال بـها فـي النمسا الفقيـه Siegel فـي أواخـر القـرن المـاضى وأيدهـا بعـض الفقـهاء الفرنسـيين[1]. ومضمون هذه النظرية يتلخص في أنه لا داعى للحجر على الإرادة المنفردة فيما يتعلق بإنشاء الالتزامات بل يجب التسليم لها بالقدرة على إنتاج هذا الأثر كمـا هـى قادرة على إنتاج غيره من الآثار. كما أن هذه النظرية تسمح بتفسـير بسـيط للعديد من ضروب التعامل التى تضيق بها النظرية التقليدية بـالرغم مـن مسـاس الحاجـة إليها. فهذه النظرية تغنـى عن الالتجـاء إلـى الوسـائل الفنيـة المعقدة والمصطنعة (كالمسئولية التقصيرية في حالة العدول عن الإيجـاب، أو نظريـة مـا قبـل العقـد)، وتقدم تفسير بسيط لالتزام مصدر الورقة التجارية والموقعيـن عليـها فـي مواجهـة الحامل لهذه الورقة، والاكتتاب في السندات[2] والوعد بجائزة.

لكن يجب ملاحظة أن الفقه الفرنسى الحديث الذى يعتنق نظريـة الالـتزام بالإرادة المنفردة لا يؤسسها على مبدأ سلطان الإرادة كما فعل الفقـهاء النمسـاويين في أواخر القرن التاسع عشر، وإنما يقولون بأن الإرادة المنفردة قادرة على إنشاء الالـتزام فـي نطـاق القـانون الوضعـى، بمعنـى آخر عندمـا يقـرر التشـريع أو أى مصدر آخر من مصـادر القانون هذه الفعالية للإرادة المنفردة. طبقا لـهذا المنظـور فإنه يمكن السماح للإرادة المنفـردة بإنشـاء الالـتزام مـع القـول بـأن هـذا الالـتزام، الذى اضطلع به بصفة قانونية، لا يمكن التحلل منـه بـالإرادة المنفـردة مـن جـانب الشخص الذى التزم به[3]. وذلك على أساس الاعتبارات الاجتماعيـة والاقتصاديـة حيث أن العدول عنـه يسـبب اضطرابـا اقتصاديـا واجتماعيـا[4]. وإخـلالا بالثقـة المشروعة التى توكدت لدى الغير من اتجاه الإرادة إلى إنشاء الالتزام.

---

(١) من هؤلاء الفقهاء:

SALEILLES, Théori générale de l'obligation, no. 138 et s.
Gény, Méthods d'interpretation et Sources en droit privé positif.
DEMOGUE, Traité des obligatioris, II, p. 51 ets. JOSSERAND,
Cours de droit civil positif français, *II, no. 395 et S., B. Starck, op. cit., no 1072, et s p. 353 et S.*

(٢) انظر B. Starck, op. cit., no. 1082, 1083,p. 356.

(٣) انظر: B. Starck, op. cit., no. 1082, 1083,p. 357

(٤) انظر: B. Starck, op. cit., no. 1062, p. 351 et s.

وأمام هذا الاختلاف الواضح لكل من النظريتين بصدد مدى قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزام ظهرت نظرية وسط بين هاتين النظريتين وهذا هو موضوع الفقرة التالية:

ثالثا: نظرية الالتزام بالإرادة المنفردة في حالات خاصة: نتيجة الاختلاف الفقهي حول مدى قدرة الإرادة المنفردة في إنشاء الالتزام تردد المشرعون في مختلف الدول في الانضمام لأى من النظريتين السابقتين، فمن التقنينات ما نص على اعتبار الإرادة المنفردة مصدرا عاما للالتزامات، كالتقنين البولوني، والتونسي والمغربي والمشروع الفرنسي الايطالي لتقنين الالتزامات والعقود والمشروع لتنقيح القانون المدني المصرى، ومنها ما يعتنق النظرية التقليدية كالتقنين المدني الفرنسي. ومن التقنيات ما اختط لنفسه طريقا وسطا، وهو اعتبار الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام في حالات خاصة ينص عليها القانون، من ذلك التقنين الألماني، وقانون الموجبات اللبناني، والتقنين المدني المصرى ومعظم التقنينات العربية.

في مصر أورد المشروع التمهيدي للقانون المدني نصا كان يجعل الإرادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام كالعقد والفعل الضار والفعل النافع، ولذلك وضع نص المادة ٢٢٨ من هذا المشروع في فصل قائم بذاته في الباب الخاص بمصادر الالتزام يلي مباشرة الفصل الأول المخصص للعقد. وقد رأت لجنة المراجعة عند نظر هذا النص من المشروع أنه يتضمن مبدأ عاما جديدا لا داعى له، فقررت حذفه "عدولا عن وضع قاعدة عامة تجعل الإرادة المنفردة تنشىء التزاما"[1]. وقد اكتفى بالنص الخاص بالوعد بجائزة الموجه إلى الجمهور وهو نص المادة ١٦٢ من التقنين المدني. في القانون اللبناني تنص المادة ١٤٨ موجبات وعقود صراحة على أن "المشيئة الواحدة وإن تكن معلنة بوضوح وبشكل رسمي، هى في الأساس عاجزة عن إنشاء علاقات الزامية ما دامت لم تقترن بمشيئة أخرى تتمثل بها مصالح مستقلة أو مخالفة" "غير أنه يجوز على وجه استثنائي وفى أحوال محصورة نص عليها القانون أن تتولد الموجبات من

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٣، هامش ص ٣٣٩.

مشيئة الفريق الواحد كعرض التعاقد (انظر المادة ١٧٩) أو التعاقد لمصلحة الغير (مادة ٢٢٧) أو الفضول" ويقصد بعرض التعاقد في هذا النص الإيجاب وهو التطبيق الصحيح المذكور في النص.

ونتيجة لمسلك المشرع هذا ذهب بعض الفقهاء إلى أن الالتزامات التى تنشأ عن الإرادة المنفردة إنما هى التزامات تقوم بمقتضى نصوص خاصة، فأصبح نص القانون هو المصدر المباشر لهذه الالتزامات، فهو الذى يعين أركانه ويبين أحكامه لذلك كان من الواجب حذف الفصل الخاص بالإرادة المنفردة وإدماجه في الفصل المعقود للقانون كمصدر مباشر للالتزام.وهذا ما فت لجنة المراجعة وما تلاها من الهيئات أن تفعله[1].

ومع ذلك نرى مع غالبية الفقهاء[2] أن الإرادة المنفردة في هذه الحالات الخاصة التى نص عليها القانون تعتبر هى المصدر المباشر للالتزامات الناشئة عنها وما القانون إلا المصدر غير المباشر لهذه الالتزامات. وذلك لأنه إذا لم توجد الإرادة، أو إذا لم تتجه إلى إحداث أثر قانونى، أو تخلف شرط من شروط التصرف القانونى بشأنها، لا يقوم الالتزام حتى ولو كان القانون ذاته قد نص على إنشاء الالتزام في هذه الحالة.

وبناء على ذلك يلزم لكى ينشأ الالتزام في هذه الحالات الخاصة المنصوص عليها في القانون أن تكون الإرادة المنفردة موجودة، وصادرة عن ذى أهلية، وخالية من العيوب ويتوافر لها المحل والسبب بشروطهما.

---

(١) السنهورى الوسيط جـ ١ فقرة ٩٠٨ ص ١٤٥٥ وفى نفس هذا المعنى سليمان مرقس المرجع السابق، فقرة ٣٥٩ ص ٦٣ هامش (١٨).

(٢) عبد الحى حجازى، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ص ٣٨٥، محمود جمال الدين زكى، الوجيز في نظرية الالتزام، جـ ١، في مصادر الالتزام، ١٩٦٨، فقرة ١٨٩، ص ٢٠٨، أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٣٧٦، ص ٤١٧، أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام، فقرة ٤٠١، ص ٣٦٢ ـ ٣٦٣. توفيق فرج، النظرية العامة للالتزام، طبعة بيروت، فقرة ٢٥٨ مكرر ص ٣٤٩، جلال العدوى، المرجع السابق، ص ٣٦٥، مصطفى الجمال، فقرة ٣٢٨، ص ٣٦٦.

المبحث الثالث: حالات الالتزام بالإرادة المنفردة:

هناك حالات متفرقة ينص فيها القانون على نشوء الالتزام ويظهر فيها أن مصدر الالتزام هو الإرادة المنفردة.

١- الإيجاب الملزم وقد نصت عليه المادة ٩٣ مدنى مصرى، وقد وجدنا أن الأساس بقاء الموجب على إيجابه في حالات الإيجاب الملزم هو إرادته المنفردة وقد تقدم بيان ذلك.

٢- المؤسسة الخاصة، شخص اعتبارى ينشأ بالإرادة المنفردة هذه الإرادة هى إرادة المؤسس الذى يخصص بعض ماله للغرض المقصود بمقتضى سند رسمى أو وصية (م ٦٩ و ٧٠ من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة)[١] وينشأ عن هذه الإرادة المنفردة التزام على عاتق المؤسس أو ورثته بأن ينقل إلى المؤسسة ملكية ما خصصه لها.

٣- تطهير العقار المرهون رهنا رسميا، حيث تنص المادة ١٠٦٦ مدنى على أنه "يجب على الحائز أن يذكر في الإعلان أنه مستعد أن يوفى بالديون المقيدة إلى القدر الذى قوم به العقار". فالحائز الذى عرض قيمة العقار يلتزم بالبقاء على عرضه طوال المدة التى يجيز فيا المشرع للدائنين أن يقبلوا العرض خلالها أو يرفضوه، وهذه المدة حددتها المادة ١٠٦٧ مدنى بثلاثين يوما من آخر إعلان رسمى، ويضاف إليها مواعيد المسافة التى لا تزيد على ثلاثين يوما أخرى، وأساس التزام الحائز بالبقاء على عرضه هو الإرادة المنفردة[٢].

٤- تنص المادة ١٦٢ من التقنين المدنى المصرى، وهى النص الوحيد في الفصل المخصص للإرادة المنفردة، على الوعد بجائزة الموجه للجمهور. وهذه الحالة لا تدع مجالا للتردد أو الخلاف حول اعتبار الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام ولذلك سوف تكون محل الدراسة التفصيلية في الفصل التالى.

---

(١) وقد ألغى هذا القانون بالقانون رقم ١٥٣ لسنة ١٩٩٩ وقد حكم بعدم دستورية هذا القانون الجديد بأكمله لعدم عرضه على مجلس الشورى قبل بدء سريان العمل به كما تنص المادة ١٩٥ من الدستور وذلك في أوائل يونيو ٢٠٠. وأخيرا صدر القانون رقم ٨٤ لسنة ٢٠٠٢ الخاص بقانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية (الجريدة الرسمية العدد ٢٢ مكرر (أ) فى ٢٠٠٢/٦/٥ انظر مادة ٥٨،٥٧.

(٢) انظر مؤلفنا في التأمينات السابق الإشارة إليه فقرة ١٠٤ ص ١٣٧.

الفصل الثانى

الوعد بجائزة الموجه للجمهور

كثيرا ما نصادف إعلانات في الصحف أو غيرها من وسائل الأعلام تتضمن رصدا لجائزة لمن يعثر على شيء أو حيوان ضائع، أولمن يدلى بمعلومات تؤدى إلى الكشف عن جريمة أو عن مجرم هارب، أو لمن يقوم باختراع معين في مجال معين، أو لمن يفوز في مسابقة لتقديم بحث علمى أو تأليف كتاب أو مقالة، أو وضع تصميم هندسى لمبنى معين، أو القيام برسم لوحة أو نحت تمثال يعبر عن موضوع معين.

في كل هذه الحالات نجد أن المعلن يلتزم بإرادته وحدها ودون حاجة إلى قبول من الطرف الآخر. ولذلك إذا قام شخص بالعمل المرصود من أجله الجائزة فإنه يستحق هذه الجائزة ويصبح المعلن ملزما بها بالرغم من عدم وجود عقد بين الطرفين. هذا يكشف بطبيعة الحال أن مصدر التزام المعلن في هذه الحالات هو إرادته المنفردة.

وفى هذا الصدد نصت المادة ١٦٢ مدنى على أنه "١- من وجه للجمهور وعد بجائزة يعطيها عن عمل معين التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها".

"٢- وإذا لم يعين الواعد أجلا للقيام بالعمل، جاز له الرجوع في وعده بإعلان للجمهور، على ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد. وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلانه العدول للجمهور"[1].

وعلى ضوء هذا النص يجب أن نعرض، في مبحث أول، لشروط الوعد بجائزة، وفى مبحث ثان نعرض لآثار هذا الوعد.

---

(١) انظر أيضا المادة ١٦٣ من التقنين المدنى السورى (مطابق) نص المادة ١٦٤ من التقنين الليبى (مطابق). ونص المادة ١٨٥ من التقنين العراقى (موافق) ونص المادة ١٧٩ من قانون الموجبات اللبنانى (موافق) ونص المادة ٢٥٥ من التقنين الأردنى (موافق) ونص المادة ٢٠٠، ٢٢١ من التقنين الكويتى (موافق).

المبحث الأول: شروط الوعد بجائزة

الوعد بجائزة يعتبر تصرفا قانونيا لأنه يتمثل في إرادة تتجه إلى إلزام صاحبها. ولذلك يعتبر جوهر الوعد بالجائزة، الإرادة وما يقتضيه ذلك من توافر شروط وجود الإرادة وصحتها طبقا للقواعد العامة. لكن علاوة على ذلك توجد شروط خاصة بالوعد بجائزة متعلقة بكيفية التعبير عنها وأيضا بضرورة تضمن هذا الوعد جائزة معينة. وأن تكون هذه الجائزة لمن يقوم بعمل معين، ولنر كل ذلك بشيء من التفصيل.

الشرط الأول: أن تصدر من الواعد إرادة محددة وباتة. فالأمر هنا متعلق بإنشاء الالتزام بالجائزة لمن يقوم بالعمل المطلوب لذلك وجب أن تكون الإرادة الصادرة من الواعد إرادة باتة وجازمة.

كما يجب أن تتوافر الأهلية في الواعد. وهذه الأهلية تتحدد حسب طبيعة الوعد بالنسبة للواعد[(١)] ويجب أن تكون إرادة الواعد سليمة وخالية من العيوب.وتطبق القواعد الخاصة بعيوب الرضا على الوعد بجائزة فيما عدا شرط اتصال العيب بالمتعاقد الآخر[(٢)]. كما يجب أن يتوافر في الجائزة الموعود بها الشروط اللازم توافرها في محل الالتزام التعاقدي من حيث التعيين والإمكان والمشروعية. ويجب أيضا أن يتوافر في العمل الذي رصدت الجائزة من أجله،

---

(١) بمعنى هل هو من الأعمال الضارة ضررا محضا أي أعمال التبرع، أم من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر، أي المعاوضات، وهل هو في هذه الحالة من أعمال التصرف، أم أنه من أعمال الإدارة، فالوعد بجائزة ليس له طابع واحد في جميع الأحوال. فهو ليس تبرعا دائما ولا معاوضة دائما. فهو معاوضة إذا كان النشاط الذي يبذله الغير تعود نتيجته بالفائدة على الواعد، سواء أكانت هذه الفائدة مادية أو أدبية مثل ذلك، أن يوجه شخص للجمهور وعدا بجائزة لمن يقترح أجمل اسم دعائي لفندق أو لمحل تجاري، أو لمن يعثر على أشياء مفقودة. وهو تبرع إذا كان النشاط الذي يبذله الغير تعود فائدته عليه وحده دون أن يترتب عليه كسب مالي مباشر للواعد كأن يوجه شخص إلى الجمهور وعدا بجائزة لأحسن مؤلف في مادة معينة، أو لمن يكون محصوله أوفر، انظر إسماعيل غانم المرجع السابق، فقرة ٢١٠ ص ٣٩٧ هامش ٢.

(٢) فلا يشترط لابطال الوعد أن يكون من قام بالعمل المطلوب عالما أو كان في استطاعته أن يعلم بالاعتبار الذي وقع غلط الواعد فيه، أو بالتدليس أو الإكراه أو الاستغلال الصادر من الغير.

باعتباره سبب التزام الواعد، الشروط الواجب توافرها في السبب، خاصة من حيث الوجود[1]، أو من حيث المشروعية[2]

الشرط الثاني: أن توجه هذه الإرادة إلى الجمهور عن طريق علني، وعلى ذلك إذا وجه الوعد إلى شخص أو أشخاص معيبين فإنه يكون إيجابا يجب أن يقترن به القبول، وإلا فلن ينشأ الالتزام بالجائزة، وإذا تم القبول فإن الالتزام يكون مصدره العقد لا الإرادة المنفردة ولا تنطبق عليه أحكام الوعد بجائزة التي نصت عليها المادة ١٦٢ مدني. وتوجيه هذا الوعد إلى الجمهور يقتضي أن يتم بطريق علني، أي بأحد طرق النشر أو الإذاعة أو التوزيع العام وغيرها التي تتوافر فيها العلنية، لأن ذلك هو الوسيلة الوحيدة لتوجيه الوعد إلى جمهور أي إلى عدد كبير من أشخاص غير معينين[3]. وعلى ذلك فلا يتحقق الوعد بالجائزة إذا اقتصر الواعد على التعبير عن إرادته في إعطاء جائزة لمن يقوم من الجمهور بعمل معين في خطاب أرسله لآخر أو في حضرة عدد من الناس.

الشرط الثالث: أن يكون الوعد بجائزة لمن يقوم بعمل معين كالنجاح في مسابقة أو اختراع آلة، العثور على شيء مفقود، اكتشاف علاج لمرضى مستعص .. الخ.

- **وعلى ذلك إذا كان الوعد بالجائزة لمن يوجد في مركز معين دون أداء أي عمل، كالوعد لمن سيولد في يوم معين مثلا، فلا تتحقق فيه أركان الوعد الملزم بالإرادة المنفردة طبقا لنص المادة ١٦٢ مدني مصري.**
- **لكن لا يشترط أن يتم العمل التي رصدت من أجله الجائزة بعد الوعد بالجائزة بل تستحق الجائزة عن العمل الذي أعلنت عنه، سواء تم ذلك العمل قبل الإعلان عن الجائزة أو بعد إعلانها. فمن يعثر على شيء مفقود ويسلمه إلى**

---

(١) كالوعد بجائزة لمن سيوجد في مركز معين لا لمن يقوم بعمل معين حيث ينتفي السبب هنا طبقا للقانون المصري.

(٢) كالوعد بجائزة لمن يقتل شخصا معينا أو لمن يقوم بتهريب شيء ممنوع حيث يكون السبب هنا غير مشروع.

(٣) انظر في نفس هذا المعنى إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٢٠٩، ص ٣٩٧، سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٣٦١، ص ٦٩٦، ٦٩٧.

رجال الشرطة، يستحق الجائزة التى يعلن عنها صاحب الشىء، سواء تم ذلك قبل الأعلان عن الجائزة أو بعده[1].

- وليس هناك ما يمنع من أن يضع الواعد ما يشاء من شروط لاستحقاق الجائزة، فله أن يقصر الجائزة على عمل يتم في المستقبل أو على عمل يكون قد تم في الماضى[2]. مثل ذلك الوعد بجائزة عن أفضل بحث علمى في موضوع معين، يشترط أن يتم النشر خلال مدة معينة بعد الإعلان عن الجائزة، أو على العكس يشترط أن يكون قد تم نشره خلال مدة معينة قبل الإعلان[3].

الشرط الرابع: أن يتضمن الوعد بجائزة معينة يلتزم بها الواعد. يستوى أن تكون هذه الجائزة مادية، كمبلغ من النقود أو نفقات رحلة معينة، أو شيئا آخر له قيمة مالية كشهادات الاستثمار أو الأسهم أو السندات أو غير ذلك، أو أدبية، كوسام، أو شارة أو كأس أو شهادة تقدير أو غير ذلك من علامات التقدير[4].

إذا توافرت هذه الشروط التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بالعمل ودون حاجة إلى اقتران قبول به، سواء اقترن الوعد بمدة أو لم يقترن بذلك لكن مع اختلاف في الحكم وهذا هو موضوع المبحث الثانى.

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٢٠٩، ص ٣٩٨، ٣٩٩.
(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٢٠٩، ص ٣٩٩.
(٣) مثال ذلك جوائزه الدولية التشجيعية.
(٤) السنهورى، المرجع السابق، جـ ١، فقرة ٩١٣ ص ١٤٦٧.

المبحث الثاني: آثار الوعد بجائزة

ولمعرفة حكم الوعد بجائزة وبصفة خاصة مدى إمكانية الواعد في الرجوع في وعده يجب التفرقة بين حالتين: الأولى، حالة ما إذا كان الوعد قد حدد مدة يجب انجاز العمل المطلوب خلالها، والثانية، حالة ما إذا أصدر الوعد مطلقاً، أي بدون تحديد مدة.

أولاً: حالة تعيين مدة في الوعد لانجاز العمل المطلوب خلالها:

- في هذه الحالة لا يجوز للواعد الرجوع عن وعده خلال هذه المدة، حتى وإن رجع فلا يعتد برجوعه، في مقابل ذلك إذا انتهت المدة دون أن يقوم أحد بالعمل المطلوب انقضى التزام الواعد. ويترتب على ذلك أن الواعد لا يكون مديناً بالجائزة لمن يتم العمل بعد انقضاء المدة المحددة، كما لا يكون مسئولاً عن تعويضه عما أنفقه ولو كان قد بدأ في القيام بالعمل - الذى لم يكن قد أتمه عند انقضاء المدة - مدفوعاً برغبته في الحصول على الجائزة[1].

- أما إذا تم العمل المطلوب خلال المدة المحددة، أو كان العمل قد تم قبل إعلان الوعد صار الالتزام مستحق الأداء لمن قام بهذا العمل وتصبح الجائزة من حقه وذلك يصبح من قام بهذا العمل دائناً للواعد بالجائزة، وذلك من وقت تمام العمل في الحالة الأولى ولو كان قد قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها، ومن وقت الإعلان عنها إذا كان العمل قد تم في الماضي.

- وفى جميع الأحوال يستقل الواعد بتحديد شروط وعده، فليس هناك ما يمنع أن يشترط علاوة على إتمام العمل في المدة المحددة أن يتقدم به إليه قبل انقضائها، أو أن يمنح جائزة لأفضل عمل يقدم في مسابقة وبالتالى لا تستحق هذه الجائزة إلا عند إعلان الفائز وفقاً للطريقة التى حددها الواعد للفصل في المسابقة.

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٢١١، ص ٤٠٠.

ثانياً: حالة عدم تعيين مدة في الوعد لانجاز العمل المطلوب:

ـ في هذه الحالة يلتزم الواعد كذلك بالوعد الصادر منه، لكن يجوز له الرجوع عنه بنفس طريقة العلانية التى تم بها الوعد وإلا تجرد الرجوع من كل أثر.

ـ والتزام الواعد في هذه الحالة ليس إلتزاماً أبدياً وإنما يتحدد الوعد بالمدة المعقولة التى يجدى فيها القيام بالعمل المطلوب، فإذا تم العمل خلالها، كانت الجائزة من حق من قام به، وإذا انقضت دون أن يتم أحد العمل المطلوب، فإن التزام الواعد ينقضى وذلك طبقاً للقواعد العامة السابق بيانها في الحالة السابقة .. وعند الخلاف على تقدير المدة المقعولة يفصل القاضى في ذلك. كل ذلك مشروط بعدم استعمال الواعد حقه في الرجوع.

ـ أما إذا استعمل الواعد حقه في الرجوع فلتحديد مدى التزامه ينبغى علينا التفرقة بين فرضين:

الفرض الأول: إذا أتم شخص العمل قبل إعلان الواعد رجوعه عن وعده، كان له مطالبة الواعد بالجائزة ولا أثر للرجوع في هذا الفرض ويتعلق حق هذا الشخص بالجائزة ولو كان قد أتم العمل دون نظر إليها أو دون علم بها، أو حتى قبل الإعلان عنها.وأساس التزام الواعد في هذا الفرض هو إرادته المنفردة. لكن يجب على الشخص الذى أتم العمل رفع دعوى لمطالبته بالجائزة في خلال ستة أشهر من تاريخ إعلان الرجوع للجمهور (٢/١٦٢ مدنى مصرى). وهذه مدة سقوط لا مدة تقادم، فلا يرد عليها الوقف أو الانقطاع.

الفرض الثانى: إذا لم يكن قد أتم العمل المطلوب قبل إعلان الرجوع فإن الواعد يتحلل من التزامه بالجائزة. لكن إذا كان هناك من بدأ في تنفيذ العمل المطلوب اعتمادا على الوعد ولم يكن قد أتمه عند إعلان الرجوع فإن الرأى السائد في الفقه في مصر يجيز له مطالبة الواعد بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية لا على أساس الوعد الذى سقط بالرجوع فيه.

وفى هذه الحالة يحكم له بتعويض عن الضرر الذى أصابه دون أن يجاوز هذا التعويض مقدار الجائزة. لكن يجب إثبات الخطأ طبقا لقواعد المسئولية

التقصيرية، على أن يلاحظ أن الرجوع في ذاته لا يعتبر خطأ حيث أنه حق قرره القانون للواعد.ولذلك يجب إثبات تعسف الواعد في استعمال حقه في الرجوع طبقاً لأحد المعايير الثلاثة التى نصت عليها المادة الخامسة من التقنين المدنى[1].

(١) انظر إسماعيل غانم، لمرجع السابق، فقرة ٢٣١، ص ٤٠٢.

الكتاب الثانى

المصادر غير الإرادية

العمل غير المشروع - الإثراء بلا سبب

تقديم

المصادر غير الإرادية أو الوقائع القانونية:

سبق أن درسنا المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة. هذه المصادر الإرادية يجمعها قاسم مشترك واحد، هو أن الالتزام لا ينشأ عنها إلا إذا اتجهت الإرادة إلى ذلك.ولذلك فإنها تسمى بالتصرف القانونى تمييزاً لها عن الواقعة القانونية. وجوهر التصرفات القانونية، بصفة عامة، هو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانونى معين، على النحو السابق بيانه.

أما المصادر غير الإرادية فيجمعها قاسم مشترك واحد هى أنها وقائع مادية يترتب على حدوثها نشوء الالتزام على عاتق شخص من الأشخاص دون أن تتجه إرادته إلى ذلك، من ذلك العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب.

القانون كمصدر من مصادر الالتزام[1]:

أفرد القانون المدنى المصرى فصلاً خاصاً (م ١٩٨) بالقانون كمصدر من مصادر الالتزام، ولم يتضمن هذا الفصل سوى نص واحد هو نص المادة ١٩٨ والتى تنص على أن "الالتزامات التى تنشأ مباشرة عن القانون وحده تسرى عليها النصوص القانونية التى أنشأتها".

هذا المسلك يتضمن خلطاً بين فكرة المصدر المسبب أو المباشر وبين فكرة المصدر المرتب أو غير المباشر، ففى كل مصادر الالتزام نجد أن هناك مصدراً مسبباً أو مباشراً للحقوق والالتزامات، كالعقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب، لكن هذا لا ينفى مطلقاً أن القانون يعتبر مصدراً مرتباً وغير مباشر للحقوق والالتزامات في كل هذه الحالات. وإذا كانت نصوص القانون تتناول إنشاء الالتزامات في بعض الأحوال، فإن القانون ينشىء هذه الالتزامات استناداً إلى وقائع معينة، بحيث تكون هذه الوقائع دائماً وأبداً هى

---

(١) أنظر عبد الرزاق أحمد السنهورى، التصرف القانونى والواقعة القانونية، دروس لقسم الدكتوراه، مطبعة البرلمان ١٩٥٣ ـ ١٩٥٤ الوسيط، جـ ١، ١٩٦٤، دار النهضة العربية فقرة ٢١ ص ١٣١ وما بعدها، مصطفى الجمال، المرجع السابق، فقرة ٢١ ص ٢٣.

المصادر المسببة أو المباشرة للالتزامات ويكون القانون مصدرا مرتبا أو غير مباشر لها. فالالتزام بالنفقة بين الأقارب ينشأ عن واقعة القرابة بين أطراف هذا الالتزام، والالتزامات بين الجيران تنشأ عن واقعة الجوار. في هذه الحالات تكون واقعة القرابة أو واقعة الجوار هى المصدر المسبب أو المباشر للالتزام، ويكون نص القانون المقرر له مجرد مصدر مرتب أو غير مباشر [1].

لكن مما تجدر ملاحظته أن موقف القانون من الوقائع المادية المختلفة والمنشئة للالتزامات ليس واحدا ففى بعض الأحيان يجعل القانون من هذه الوقائع المادية مصدرا عاما للالتزام، بحيث يترتب الالتزام كلما وجدت الواقعة المنشئة له، كما هو الحال مثلا في العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب. وفى أحيان أخرى يجعل القانون من الوقائع المادية مجرد مصادر خاصة للالتزام، بحيث لا يقوم الالتزام في حالة وجود الواقعة إلا في الأحوال الخاصة وبالشروط التى ينص عليها القانون، كما هو الحال في واقعة القرابة أو واقعة الجوار [2].

في الأحوال التى تكون الواقعة مجرد مصدر خاص للالتزام، يبدو وكأنه نص القانون المحدد لها هو المصدر المباشر للالتزام. وهذا هو ما أدى إلى الخلط بين المصادر المسببة للالتزام وبين مصدره المرتب، وبالتالى القول بأن القانون يعد مصدرا مباشرا للالتزام في تلك الأحوال [3].

---

(١) مصطفى الجمال، مرجع سابق، فقرة ١٩ ص ٢٢.
(٢) مصطفى الجمال، مرجع سابق، فقرة ٢ ص ٢٢.
(٣) مصطفى الجمال، مرجع سابق، فقرة ٢ ص ٢٣.

الباب الأول

العمل غير المشروع

(المسئولية التقصيرية)

المسئولية والضبط الاجتماعي:

الإنسان ينشأ من اجتماع إنساني ويعيش في ظل اجتماع إنساني فالمجتمع هو المحيط الطبيعي الذي يعيش فيه الإنسان. وعلى ذلك فإن وجود المجتمع يستتبع حتماً وجود علاقات عديدة بين أفراده، علاقات عائلية أو اجتماعية، أو اقتصادية، أو سياسية. قيام هده العلاقات يقتضي وجود ضوابط تحكمها حتى يتحقق للمجتمع استقراره. وبالتالي ارتقاؤه[1]. ويعتبر القانون من أهم هذه الضوابط لأنه السبيل إلى توفير الأمن والنظام في المجتمع ..

ويتولى القانون تنظيم نشاط الأفراد في المجتمع وعلاقتهم فيه عن طريق تقرير ما لهم من حقوق وما عليهم من التزامات. وعلى ذلك؛ فإن الاعتداء على هذه الحقوق أو الإخلال بهذه الالتزامات يرتب مسئولية مرتكبة. فالمسئولية التزام يقع على الشخص بضمان تصرفاته، فهي شرط أساسي لحرية الأفراد. فالإنسان الحر هو الذي يدرك تبعات تصرفاته ويضمنها والشخص غير المسئول عنصر من عناصر الاضطراب في المجتمع.

من المسلم به أن القواعد القانونية ليست هي قواعد السلوك الاجتماعية الوحيدة في المجتمع، وإنما يوجد بجانبها قواعد إجتماعية أخرى تنظم سلوك الأفراد في المجتمع، كالقواعد الخلقية والدينية. فالقانون في سعيه إلى تحقيق النظام اللازم للحياة الاجتماعية لا يفرض إلا ما هو ضروري لهذا النظام، لأن الزام الناس بحكم من الأحكام يوجب إعداد الوسائل اللازمة للرقابة على طاعته ومنع مخالفته، وهذا يضع على الجماعة أعباء ثقيلة لا معنى لتحميلها بها إن لم

(١) انظر حسن كبيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، ١٩٦٩، فقرة ٥ ص ١٦

تدع إليها حاجة حفظ النظام في المجتمع. كما أن تدخل القانون في كل صغيرة وكبيرة في حياة الأفراد يثقل كاهلهم ويقلل من هيبته واحترامه.

وعلى ذلك نجد أن المسئولية تتنوع بتنوع القاعدة التي تم الإخلال بها، إلى مسئولية أدبية، ومسئولية سياسية، ومسئولية جنائية، ومسئولية إدارية، ومسئولية مدنية. والمسئولية الأدبية جزاؤها الوحيد هو تأنيب الضمير أو استنكار الجماعة، والمسئولية السياسية هى مسئولية الحكومة عن تنفيذ سياستها أمام البرلمان والمسئولية الإدارية هى المسئولية عن الأخطاء التى ترتكبها الإدارة، والمسئولية الجنائية هى المسئولية عن ارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات أو غيره من القوانين، والمسئولية المدنية هى الالتزام بتعويض الضرر الذى يسببه الشخص للغير [1]. ويهتم كل فرع من فروع القانون بدراسة المسئولية التى تخصه لكن لتحديد نطاق المسئولية التقصيرية ينبغى علينا دراسة علاقة المسئولية الجنائية بها ومدى تأثيرها عليها، ثم تنحصر الدراسة داخل نطاق المسئولية المدنية ذاتها لنميز بين المسئولية التقصيرية من جهة والمسئولية العقدية من جهة أخرى.

أولا: المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية:

إذا كان الغالب اجتماع كل من المسئولية الجنائية والمدنية إلا أن كل منهما يحتفظ بذاتيته ونطاقه الخاص. ومع ذلك فإن اجتماع المسئولية الجنائية مع المسئولية المدنية له انعكاسه في عدة مجالات. ولنر ذلك بشيء من التفصيل.

١ - مدى اجتماع المسئوليتين ونطاق كل منهما:

تختلف المسئولية الجنائية عن المسئولية المدنية باختلاف المصلحة المعتدى عليها. فإذا كان الفعل الضار قد أصاب الفرد قامت المسئولية المدنية لمن ارتكبه، أما إذا كان الفعل الضار قد أصاب المجتمع قامت مسئولية الفاعل الجنائية.

---

(١) انظر:

Ph. Le Tourneau, L. Cadiet, Droit de la responsabilité, Dalloz – Delta 1996, no. p. 1.

وإذا كان ارتكاب جريمة جنائية ترتب عليها في نفس الوقت ضرراً للغير قامت مسئولية مرتكبها الجنائية والمدنية، ومع ذلك تظل كل من المسئوليتين محتفظة بذاتيتها لما يوجد بينهما من فروق جوهرية نجملها فيما يلي:

١- من حيث أساس كل من المسئوليتين، نجد أن أساس المسئولية المدنية يقوم على اعتداء على حق الغير، ويتمثل فيما يسمى بالخطأ المدنى، والخطأ المدنى لا يخضع لحصر أو لعد. أما المسئولية الجنائية فأساسها اعتداء على المجتمع، أى أساسها جريمة من الجرائم، ولذلك تخضع لمبدأ الشرعية لا جريمة ولا عقوبة بدون نص Nulla poena Sine lege بمعنى أن الجرائم تكون واردة في القانون على سبيل الحصر. ولذلك تعتبر المسئولية المدنية أوسع نطاقاً من المسئولية الجنائية.

٢- ومن حيث صاحب الحق في تحريك الدعوى، في المسئولية الجنائية النيابة العامة هى المنوط بها تحريك الدعوى الجنائية باعتبارها ممثلة للمجتمع، ولذلك لا تملك النيابة العامة الصلح أو التنازل في المسئولية الجنائية لأنها حق للمجتمع، في المسئولية المدنية، الشخص الذى أصابه الضرر هو صاحب الحق في تحريك هذه الدعوى، ولذلك يجوز له الصلح والتنازل عن حقه.

٣- من حيث طبيعة الجزاء، في المسئولية الجنائية هو الردع لمرتكب الجريمة عن طريق توقيع عقوبة عليه، والعقوبة شخصية. في المسئولية المدنية الجزاء هو التعويض والذى يتمثل عادة في دفع مبلغ من النقود للمضرور لجبر ما أصابه من ضرر.

ويتضح مما تقدم أنه إذا كان الغالب هو اجتماع المسئوليتين الجنائية والمدنية مع احتفاظ كل منهما بذاتيتها ونطاقها، وذلك كما هو الشأن في جرائم الاعتداء على النفس أو المال، إلا أن هذا ليس دائماً وفى جميع الأحوال، فقد تقوم المسئولية الجنائية دون المسئولية المدنية، إذا لم يلحق الفعل ضرراً بأحد، كما هو الأمر بالنسبة لجرائم التشرد وحمل السلاح، ومخالفات المرور، والاتفاق الجنائى، وبعض جرائم الشروع.وقد تقوم المسئولية المدنية دون المسئولية الجنائية وذلك إذا ألحق الفعل ضرراً بالغير دون أن يشكل جريمة من الجرائم

المعاقب عليها، كما هو الشأن في حوادث العمل، والمنافسة غير المشروعة والخطأ في مفاوضات العقد، وإبرام النائب للعقد خارج حدود النيابة دون أن يقره الأصيل أو إبرامه رغم علمه بانقضاء النيابة وغير ذلك الكثير، حيث أن القاعدة كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض بينما في المسئولية الجنائية القاعدة أنه "لا جريمة ولا عقوبة بدون نص".

٢- آثار اجتماع المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية:

في الأحوال التي تجتمع فيها المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية، وبالرغم من احتفاظ كل منها بذاتيتها، فإن المسئولية الجنائية وهي حق للمجتمع، لها تأثير على المسئولية المدنية وهي حق للفرد، في عدة مجالات نجملها فيما يلي:

١- من حيث التقادم: تنص المادة ٢/١٧٢ مدني "على أنه إذا كانت هذه الدعوى (دعوى التعويض) ناشئة عن جريمة، وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة السابقة، فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية" يتمثل هذا التأثير في أن عدم تقادم الدعوى الجنائية يترتب عليه عدم تقادم الدعوى المدنية على حين أن العكس غير صحيح بمعنى أن عدم تقادم الدعوى المدنية لا يمنع من تقادم الدعوى الجنائية.

٢- من حيث الاختصاص: تتجلى مظاهر هذا التأثير في ناحيتين: **الأولى:** تبعية الدعوى المدنية للدعوى الجنائية حيث يجوز رفع الدعوى المدنية أمام المحكمة الجنائية. وتنظر المحكمة الجنائية الدعويين معا وتقضي في الدعوى المدنية بالتعويض. **الثانية:** وقف سير الدعوى المدنية إذا ما رفعت كل دعوى منها أمام المحكمة المختصة بها. فالجنائي يوقف المدني (م ٢٦٥ إجراءات جنائية مدني)[1].

---

(١) نقض ١٩٧٣/١٢/٣ س ٢٤ ص ١٢٠٦ حيث قضت المحكمة "........ إذا رفعت الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية، فإن رفع الدعوى الجنائية، سواء قبل رفع الدعوى المدنية، أو أثناء السير فيها، يوجب على المحكمة المدنية أن توقف السير في الدعوى المرفوعة أمامها إلى أن يتم الفصل نهائيا في الدعوى الجنائية، وهذا الحكم متعلق بالنظام العام"، نقض هيئة عامة ١٩٨٨/٣/٢ س ٣٥ ص ٢٦.

٣- من حيث حجية الحكم الجنائى في الدعوى المدنية: أعطى قانون الإجراءات الجنائية المحاكم الجنائية سلطة واسعة في تحرى الحقيقة ولذلك اعتبر ما تقرره المحاكم الجنائية من حقائق قضائية أقرب إلى الحقائق الواقعية مما تقرره المحاكم المدنية. لذلك جعل لحكم المحكمة الجنائية حجية لدى المحكمة المدنية. هذه الحجية قاصرة على الوقائع دون التكييف القانونى لهذه الوقائع.

فبالنسبة للوقائع فقد جعل المشرع لحكم المحكمة الجنائية حجية في الدعوى المدنية بما أثبته من وقائع وكان إثباته ضروريا للفصل في الدعوى العمومية (م ١٠٢ م من قانون الإثبات) ولم يجعل لحكم المحكمة المدنية أى حجية في الدعوى العمومية. وتطبيقا لذلك إذا أدانت المحكمة الجنائية المتهم لوقوع الجريمة ونسبتها إليه، فلا يجوز للمحكمة المدنية مناقشة ذلك(م ٤٥٦ إجراءات جنائية) وتعين عليها أن تعتبره خطأه ثابتا وأن تلزمه بتعويض ما ثبت وقوعه من ضرر لكن دونما تتقيد عند تقدير هذا التعويض بما أعتد به الحكم الجنائى من ظروف مخففة. لكن لا تكون للأحكام الصادرة من المحاكم المدنية قوة الشىء المحكوم به أمام المحاكم الجنائية فيما يتعلق بوقوع الجريمة ونسبتها إلى فاعلها (م ٤٥٧ إجراءات جنائية) لكن مما تجدر ملاحظته في هذا الصدد أن القاضى المدنى غير مقيد بالتكييف القانونى للوقائع الثابتة من جانب القاضى الجنائى إذ يجوز للقاضى المدنى تكييف الوقائع الثابتة تكييفا مدنيا غير التكييف الجنائى[1].

أما إذا صدر الحكم الجنائى بالبراءة لعدم ثبوت خطأ المتهم أو عدم كفاية الأدلة عليه. فإنه ثار خلاف فيما إذا كان هذا الحكم حجة على المحكمة المدنية فيمتنع عليها إلزام المدعى عليه بالتعويض أم لا؟ وقد جاء نص المادة ٤٥٦ إجراءات جنائية قاطعا في أن للحكم بالبراءة في الدعوى الجنائية قوة الشىء المحكوم به أمام المحاكم المدنية ... سواء بنى على انتفاء التهمة أو على عدم كفاية الأدلة. ولا تكون له هذه القوة إذا كان مبنيا على أن الفعل لا يعاقب عليه القانون". وعلى ذلك فلا يجوز للمحكمة المدنية أن تقضى في هذه الحالة بثبوت ارتكاب المتهم للفعل. أما إذا كان مبنى الحكم بالبراءة أن الفعل الواقع من المتهم

---

(١) انظر عبد الرزاق أحمد السنهورى، المرجع السابق، جـ ١، فقرة ٥٠٨ ص ٨٤٦.

لا يعاقب عليه القانون، أى أنه لا يعتبر جريمة جنائية، أو لا يعتبر خطأ جنائيا، فإن ذلك لا يقيد المحكمة المدنية ولا يمنعها من أن ترى فيه ما يوجب الحكم بالتعويض[1]. وكذلك الحال إذا سقطت الدعوى العمومية بموت المتهم أو إذا وجد مانع من موانع العقاب.

نخلص من ذلك أنه إذا كان الحكم الجنائى بالبراءة مبنيا على أسباب ترجع إلى التكييف القانونى فإن ذلك لم يمنع القاضى المدنى من الحكم بالمسئولية المدنية.

ثانيا: المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية:

وهنا سنعرض للتمييز بينهما، ونطاق كل منهما، والجمع والخيرة بينهما.

١- التمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية ومداه:

المسئولية المدنية تستجيب لفكرة واحدة وهى الالتزام بتعويض الضرر المترتب على الأخلال بالتزام أصلى سابق. والالتزام الأصلى السابق يختلف باختلاف مصدره. فقد يكون مصدره العقد. وقد يكون مصدره القانون. وبسبب اختلاف مصدر الالتزام الأصلى السابق تتنوع المسئولية المدنية إلى مسئولية عقدية ومسئولية تقصيرية.

والمسئولية العقدية تقوم على الإخلال بالتزام عقدى. ولذلك يختلف نطاق المسئولية باختلاف ما اشتمل عليه العقد من التزامات. والمسئولية العقدية تفترض سلفا قيام رابطة عقدية بين الدائن والمدين ولذلك فإن هذه المسئولية لا تقوم إلا بينهما، فكل من المدين والدائن يعرف كل منهما الآخر، فالبائع الذى يتعرض للمشترى في العين المبيعة تقوم مسئوليته العقدية لإخلاله بالتزامه العقدى بعدم التعرض.

(١) نقض ١٩٧٣/٦/٢٣ س ٢٤ ص ٩٦٢ حيث قضت بأنه "لا يمتنع على المحكمة المدنية البحث فيما إذا كان الفعل مع تجرده من صفة الجريمة "يعتبر إهمالا جسيما، إذ يجوز أن يكون هناك خطأ مدنى دون أن يوجد خطأ جنائى)، نقض ١٩٨٥/١٢/١٩ الطعن ١٠٤١ لسنة ٥٢ ق.

أما المسئولية التقصيرية فإنها تقوم على الإخلال بالتزام مصدره القانون. وهذه المسئولية تفترض عدم وجود أى علاقة بين المدين والدائن، فالمدين كان أجنبيا عن الدائن قبل أن تتحقق هذه المسئولية، فلم تنشأ رابطة الالتزام بين المدين والدائن إلا بعد أن تحققت المسئولية. فالشخص الذى يتعرض لمالك عين معينة تقوم مسئوليته التقصيرية لإخلاله بالتزام قانونى وهو عدم التعرض للمالك في ملكه.

وعلى ذلك نجد أن المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية تقومان على مبدأ واحد، وهو الإخلال بالتزام أصلى سابق. غير أن اختلاف طبيعة الالتزام السابق كان له انعكاس على القواعد التفصيلية المنظمة لكل من المسئوليتين والتى يمكن إجمالها فيما يلى:

١- من حيث مدى تعويض الضرر، في المسئولية العقدية مصدر الالتزام بالتعويض هو الإخلال بالتزام عقدى. فالمسئولية العقدية تنشأ إذن عن عدم تنفيذ العقد. هذا العقد ينشأ من إرادة المتعاقدين،كما يتحدد نطاقه ومضمونه وفقا لهذه الإرادة. ومن ثم فإن إرادة الأطراف هى التى تحدد مدى التعويض عن الضرر، وبالتالى لم يدخل الأطراف في حسابهم سوى الضرر المتوقع عند إبرام العقد دون الضرر غير المتوقع إلا في حالتى الغش والخطأ الجسيم.

أما في المسئولية التقصيرية فإن مصدر الالتزام بالتعويض هو الإخلال بالتزام قانونى أى التزام القانون هو الذى أنشأه وحدد مداه، ولم تتدخل إرادة الطرفين في شيء من ذلك لذلك فإن التعويض يمتد ليشمل كل الضرر، سواء توقعه الطرفان أو لم يتوقعاه وهذا هو الأصل في التعويض (م ٢٢١ مدنى مصرى).

٢- من حيث التضامن، في المسئولية العقدية يحدد الطرفان مضمون الرابطة العقدية التى يشكل الاخلال بها قيام هذه المسئولية وعلى ذلك إذا تعدد المسئولون مسئولية عقدية فإن الأمر يبقى على أصله وهو انقسام الدين بينهم، لأنه لو أريد الخروج على هذا الأصل وفرض التضامن بينهم لاتجهت إرادة المتعاقدين إلى اشتراط ذلك صراحة (م ٢٧٦ مدنى مصرى). أما في المسئولية

التقصيرية فإنه إذا اشترك أكثر من واحد في إحداث الضرر، كان كل منهم متسببا فيه، ووجب عليه التعويض كاملا، طبقا لفكرة الالتزام التضامني[1]. وهذا ما يجري عليه العمل في فرنسا. وفي مصر فرض عليهم القانون التضامن في التزامهم بتعويض الضرر (م ١٦٩ مدني مصري).

٣- من حيث جواز الاتفاق على الإعفاء من المسئولية، في المسئولية العقدية يحدد الطرفان مضمون الرابطة العقدية التي يشكل الإخلال بها قيام هذه المسئولية. ولذلك يكون لهما أن يتراضيا أيضا على الإعفاء من المسئولية التي تترتب على عدم تنفيذ التزام عقدي ناشيء عن هذه الرابطة إلا ما ينشأ بطبيعة الحال عن غش المدين أو خطئه الجسيم (م ٢١٧/ ٢ مدني) أما في المسئولية التقصيرية فإنها تنشأ عن إخلال المدين بالتزام فرضه القانون، وبالتالي لا دخل فيه لإرادة الطرفين. لذلك فإن الإعفاء من المسئولية المترتبة على الإخلال بهذا الالتزام يجب أن يقرره أيضا القانون ذاته، وقد نصت المادة ٢١٧/ ٣ مدني مصري على أنه يقع باطلا كل شرط يقضي بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع.

٤- من حيث التقادم، في المسئولية العقدية قد حدد الأطراف مضمون الرابطة العقدية التي يشكل الأخلال بها قيام هذه المسئولية عن وعي وإرادة ولذلك كان من الطبيعي أن المسئولية العقدية لا تتقادم إلا بمضي مدة طويلة هي خمس عشرة سنة (م ٣٧٤ مدني) أما في المسئولية التقصيرية فالالتزام الذي يترتب على الإخلال به قيام هذه المسئولية قد فرضه القانون على المدين دون أن يرتضيه، ولذلك التقادم لدعوى المسئولية التقصيرية مدته ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه على ألا يجاوز ذلك ١٥ سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع (م ١٧٢/ ١ مدني).

---

(١) انظر نبيل سعد، التضامن ومبدأ عدم افتراض التضامن، منشأة المعارف، ١٩٨٥.

٢ـ تحديد نطاق المسئولية التقصيرية والمسئولية العقدية:

تحديد نطاق المسئولية التقصيرية يقتضى بالتبعية تحديد نطاق المسئولية العقدية. فعند عدم توافر شروط المسئولية العقدية ندخل في نطاق المسئولية التقصيرية ومن هنا نبدأ في البحث عن توافر شروطها.

فالمسئولية التقصيرية تنشىء بذاتها علاقة بين شخصين لم توجد بينهما أصلا رابطة من قبل، فالدائن المضرور قبل تحقق المسئولية كان أجنبيا عن المدين المسئول، لا يرتبط معه بأى عقد، أما إذا كان بينهما سلفا عقد أخل المدين بأحد الالتزامات الناشئة عن العقد إخلالا سبب للدائن ضررا قامت مسئوليته العقدية.

وعلى ذلك نستطيع أن نحدد نطاق المسئولية العقدية، إذا توافر لدينا ثلاثة شروط:

١ـ وجود عقد صحيح بين طرفين، وعلى ذلك فإن عدم وجود عقد أصلا لا تكون هناك مسئولية عقدية، مثل ذلك رفض الخاطب الزواج من مخطوبته لأن العلة من تقرير الخطبة تأبى اعتبار الخطبة عقدا ملزما، وكذلك إذا وعد شخص آخر بنزهة أو وليمة ثم أخلف وعده، فلا مسئولية عقدية حيث لا يعتبر هذا الوعد عقدا لأنه لم يقصد به ترتيب آثار قانونية عليه لأنه من قبيل المجاملات. لكن هذا لا يمنع من قيام المسئولية التقصيرية في هذه الحالات إذا ارتكب الخاطب أو الواعد خطأ سبب للطرف الآخر ضررا.

ـ ويجب أن يكون هذا العقد صحيحا، فإن كان العقد القائم بين الدائن والمدين باطلا أو قابلا للإبطال فلا مسئولية عقدية، من ذلك ما نصت عليه المادة ١١٩ مدنى بأنه "يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفى نقص أهليته". ففى هذه الحالة بعد أن يبطل ناقص الأهلية العقد، يكون مسئولا مسئولية تقصيرية عن استعماله للطرق الاحتيالية التى قادت إلى إبرام العقد.

ـ كما أن المسئولية العقدية لا تقوم إلا بين الدائن والمدين اللذين يرطبهما العقد. فمثلا إذا كان التدليس أو الإكراه صادرا من شخص أجنبى عن الطرفين

وكان المتعاقد المدعى عليه لا يعلم ولم يكن في استطاعته أن يعلم بهذا الإكراه أو التدليس فإن ليس للمتعاقد الذى تعيبت إرادته إلا أن يرجع على هذا الأجنبى بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية حيث أنه ليس طرفا في العقد.

٢- أن يخل المدين بعد انعقاد العقد وقبل إنحلاله بأحد الالتزامات الناشئة عن الرابطة العقدية. فالمسئولية العقدية لا تغطى الفترة السابقة على التعاقد، كما هو الشأن في قطع المفاوضات، أو في حالة رفض الموجب له التعاقد مع الموجب بالرغم من أنه هو الذى دعا إليه. كما أن المسئولية العقدية لا تغطى المرحلة اللاحقة لانقضاء العقد، كإفشاء مهندس أسرارا بعد إنهاء عقده. لكن يشترط لقيام المسئولية العقدية أن يكون هناك إخلال بالتزام ناشىء عن الرابطة العقدية، فإذا وقع من المتعاقد تعسف في استعمال حقه الناشىء عن العقد فإن مسئوليته تقصيرية لا عقدية: كما أنه يستوى أن يكون الالتزام العقدى الذى تم الإخلال به من الالتزامات الصريحة أو الضمنية، ويستوى أن يكون اشتمل عليه العقد مباشرة أو فرض بحكم القانون أو العرف أو العدالة، أو بحسب طبيعة الالتزام.

٣- أن يؤدى هذا الإخلال إلى إلحاق ضرر بالمتعاقد الآخر.

ولا بد من اجتماع هذه الشروط الثلاثة لاعتبار المسئولية عقدية، وإلا فإنها لا تكون إلا تقصيرية[1].

٣- مسألة الجمع والخيرة بين المسئوليتين:

بعد ما وقفنا على حدود التفرقة بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية وحددنا نطاق كل من المسئوليتين لنا أن نتساءل عن إمكانية الجمع بين

---

(١) نقض ١٩٧٣/١٢/١٠ س ٢٤ ص١٢٣٤ حيث قضت بأنه "إذا كانت محكمة الموضوع قد طبقت خطأ أحكام المسئولية التقصيرية دون قواعد المسئولية الواجبة التطبيق، فإنه يجوز لمن تكون له مصلحة من الخصوم فى إعمال هذه القواعد أن يطعن في الحكم بطريق النقض على أساس مخالفته للقانون. ولو لم يكن قد نبه محكمة الموضوع إلى وجوب تطبيق تلك القواعد لالتزامها هى بإعمال أحكامها من تلقاء نفسها، ولا يعتبر النعى على الحكم بذلك إبداء لسبب جديد مما لا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض، ذلك بأن تحديد طبيعة المسئولية التى يتولد عنها حق المضرور في طلب التعويض يعتبر مطروحا على محكمة الموضوع، ولم لم تتناوله بالبحث فعلا".

المسئوليتين أو الخيرة بينهما. فمثلا في عقد نقل الأشخاص إذا أصيب المسافر بخطأ الناقل وبالمثل الطبيب الذى عرض المريض للأشعة فأصابه بضرر، أو المستأجر التى تضرر نتيجة تهدم البناء بسبب نقص في الصيانة أو عيب فيه أو لقدمه، فإنه تتوافر شروط كل من المسئوليتين. فهل للمضرور أن يجمع بين المسئوليتين؟ هل له أن يختار بين المسئوليتين"؟.

- **بالنسبة لمسألة الجمع بين المسئوليتين**، فالإجابة واضحة ومباشرة بأنه لا يجوز الجمع بين المسئوليتين بأى صورة من صور الجمع. فلا يجوز للدائن أن يطالب مثلا بتعويضين، لأن العلة من تقرير المسئولية هى جبر الضرر فحسب، فلا يجوز إلزام المسئول إلا بتعويض واحد بقدر الضرر الذى تسبب فيه.

كما لا يجوز للدائن وإن طالب بتعويض واحد أن يأخذ في دعواه المدنية من أحكام كل من المسئوليتين ما هو أصلح له، وإلا ظهرت دعوى غير معروفة، لا هى بالعقدية ولا هى بالتقصيرية.

وأخيرا لا يجوز للدائن أن يجمع بين المسئوليتين على سبيل التعاقب، بمعنى أن يتمسك بأحدهما اولا، فإذا فشل في دعواه كان له أن يسلك السبيل الآخر دون أن يتعرض للدفع بعدم جواز نظر دعواه الثانية لسبق الفصل فيها. وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء[1].

---

(1) نقض ١٩٧٩/٢/٥ س ٣٠ ص ٤٧٦ حيث قضت بأنه "يتعين على محكمة الموضوع في كل حال أن تتقصى من تلقاء نفسها الحكم القانونى الصحيح المنطبق على العلاقة بين طرفى دعوى التعويض، وأن تنزله على الواقعة المطروحة عليها، بإعتبار أن كل ما تولد للمضرور من حق في التعويض عما أصابه من ضرر قبل من أحدثه وتسبب فيه إنما هو السبب المباشر المولد للدعوى بالتعويض، مهما كانت طبيعة المسئولية التى أستند إليها المضرور في تأييد طلبه، أو النص القانونى الذى أعتمد عليه في ذلك؛ لأن هذا الاستناد يعتبر من وسائل الدفاع في دعوى التعويض التى يتعين على محكمة الموضوع أن تأخذ منها ما يتفق وطبيعة النزاع المطروح عليها، وأن تنزل حكمه على واقعة الدعوى، ولا يعد ذلك منها تغييرا لسبب الدعوى أو موضوعها مما لا تملكه من تلقاء نفسها"

ـ بالنسبة لمسألة الخيرة بين المسئوليتين:

وتتلخص المشكلة في السؤال الآتى: هل يستطيع الدائن أن يختار أصلح الدعويين له متى توافرت شروط كل من المسئوليتين؟

في الإجابة على هذا السؤال اختلف الفقهاء. فمن الفقهاء من قال بجواز الخيرة بين المسئوليتين على أساس أن توافر شروط كل منهما يسمح للدائن بالخيار بينهما وهذا ما يقتضيه العقل ومنطق القانون. لكن هذه الخيرة بين المسئوليتين لا يخول له الجمع بينهما على سبيل التعاقب، بمعنى أنه إذا اختار أحد الدعويين فخسرها فلا يجوز له بعد ذلك الالتجاء إلى الأخرى.

ومن الفقهاء من يرى أن وجود دعوى المسئولية العقدية يحول دون الالتجاء إلى دعوى المسئولية التقصيرية على أساس أن الدائن لم يكن له أن يعرف المدين إلا عن طريق العقد الذى يربط بينهما. لذلك فإن كل علاقة تنشأ بينهما بسبب هذا العقد وجب أن يحكمها العقد والعقد وحده[1].

وهناك رأى ثالث يقول بعدم الخيرة كقاعدة عامة، ثم يسلم بها استثناء في أحوال خاصة اختلفوا في تعيينها، فمنهم من يقصر ذلك على الأحوال التى يكون فيها الإخلال بالالتزام العقدى جريمة جنائية كخيانة الأمانة. ومنهم من يمد هذا الاستثناء إلى أحوال عدم الوفاء الراجع إلى غش المدين أو تدليسه، ومنهم من يمده إلى أحوال الخطأ المهنى[2]. بينما يذهب القضاء في مصر إلى عدم جواز الخيرة كقاعدة عامة ما لم يثبت ضد أحد الطرفين المتعاقدين، أن الفعل الذى ارتكبه وأدى إلى الإضرار بالطرف الآخر يكون جريمة أو يعد غشا أو خطأ جسيما مما يتحقق معه المسئولية التقصيرية تأسيسا على أنه أخل بالتزام قانونى، إذ يمتنع عليه أن يرتكب هذا الفعل في جميع الحالات سواء كان متعاقدا أو غير متعاقد[3].

---

(١) السنهورى، الوسيط، جـ ١، فقرة ٥١٥ ص ٨٥٩ وبصفة خاصة ص ٨٦١.
(٢) انظر في ذلك سليمان مرقس، الفعل الضار، فقرة ١٦.
(٣) انظر في اضطراد أحكام محكمة النقض على هذا القضاء نقض ١٩٦٨/٤/١٦ س ١٩ ص ٧٦٢، ١٩٨١/١/٢٧ س ٣٢ ص ٣٥٥، ١٩٩٠/٤/٤ الطعن ٢٣٨٤ لسنة ٥٤ ق ١٩٩٦/٢/٢٩ س ٤٧ ص ٥٠٥.

في القانون المقارن، نجد أن المحاكم البلجيكية يؤيدها بعض الفقهاء تأخذ بمبدأ الخيرة بين المسئوليتين. أما المحاكم الفرنسية، فقد ترددت في الأمر كثيرا ولكن الاتجاه الغالب فيها يميل إلى عدم الخيرة ويؤيد هذا الاتجاه أكثر الشراح الحديثين". (١) ولكن القضاء في الوقت الحالي أورد بعض الاستثناءات على هذا المبدأ عندما يكون عدم تنفيذ العقد مكونا في نفس الوقت جريمة (٢) وكذلك في حالة غش المدين أو خطأه الجسيم. (٣)

بالنسبة للفقه فإن هناك اتجاها فقهيا يعمل على التقريب بين كل من المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية.

هذا الاتجاه الفقهي قد أثمر بالفعل بعض النتائج على مستوى التشريعات ففي البلاد التي عدل فيها قانون الالتزامات حديثا مثل تشيكوسلوفاكيا (السابقة) وبولونيا والسنغال تحقق توحيد النظام المطبق على المسئولية المدنية، سواء نشأت عن تنفيذ عقد أو عن جريمة.

ومن التشريعات من نظم المسئولية التقصيرية بنصوص تفصيلية ثم اقتصر بعد ذلك على تنظيم بعض مسائل المسئولية العقدية محيلا فيما يتعلق بباقي المسائل إلى قواعد المسئولية التقصيرية، من ذلك قانون الالتزام اليوغسلافي الصادر سنة ١٩٧٨.

بل بالنسبة للتشريعات الأقدم نسبيا من ذلك فإن هذا الاتجاه كان له أثره. ففي سويسرا مثلا نجد أن المادة ٣/٩٩ من تقنين الالتزامات الفيدرالي ينص على أن قواعد المسئولية التقصيرية تطبق بطريق القياس على آثار الخطأ العقدي بحيث لم يعد - على حد قول الفقهاء السويسريين - بين نوعي المسئولية المدنية سوى بعض الفروق النظرية أكثر منها عملية.

وقد تعزز هذا الاتجاه بظهور تنظيمات خاصة لبعض أنواع المسئولية، من أهمها المسئولية عن حوادث النقل الجوي والبحري والمسئولية الناشئة عن

---

(١) انظر في تفصيل ذلك:
- Ph. Le Tourneau, L. Cadiet, op. Cit., no 341 P. 104 et S.

(٢) Ibid no 347 P. 106. Mazeaud, par F. Chabas, op. Cit. No 404 P, 403.

(٣) Ibid no 348 P. 107.

استخدام الطاقة النووية. ذلك في البلدان التى لم يعدل فيها قانون الالتزامات تعديلا جوهريا منذ وقت طويل. ولذلك يبدو عقيما بل ضارا محاولة إدخال هذه الحالات الخاصة بأى ثمن في إحدى طائفتين المسئولية العقدية أو التقصيرية لمجرد احترام تقسيم نظرى مجرد.

وقد تمحض هذا التطور الفقهى والتشريعي عن تجاهل عمدى للتقسيم التقليدى بهدف الوصول إلى إيجاد نطاق موحد للمسئولية المدنية يخضع له المضرور بصرف النظر عن ارتباطه أو عدم ارتباطه بعقد مع المسئول. ولذلك يرى البعض أنه من الضرورى إفساح المجال لأنظمة من المسئولية مستقلة عن نظامى المسئولية العقدية والتقصيرية، وخاصة في المجال المهنى حيث يتزايد تدخل المشرع يوما بعد يوم بهدف توفير الحماية للمستهلكين سواء في مجال الأموال - المنقولة أو العقارية، أو الخدمات وتوحيد النظم المطبقة على كل المضرورين بصرف النظر عن وجود رابطة عقدية تربطهم بالمهنى المسئول أو عدم وجود مثل هذه الرابطة.

وفى مواجهة هذه التطورات المتلاحقة ينبغى المحافظة على قانون المسئولية المدنية موحدا ودون تجزئة مبالغ فيها وذلك باعتباره نوعا من الشريعة العامة يتضمن كل من نظامى المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية مع حصر الفروق بينهما إلى الحد الأدنى الذى يقتضيه احترام العقد ودون خروج على هذه الشريعة العامة إلا بالقدر الذى تفرضه خصوصية الموقف أو النشاط الذى يؤدى إلى المسئولية.

فإذا ما كتب لهذه المحاولة النجاح فإننا سنصل إلى نتيجة حتمية ألا وهى انحسار أهمية المقابلة بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية ليحل محلها المقابلة بين قانون عام أو شريعة عامة للمسئولية المدنية وأنظمة خاصة لهذه المسئولية وهذا الاتجاه بدأ يتأكد وجوده بشكل متزايد بعد ما تزايدت التشريعات المتعلقة بحماية المستهلكين في جميع البلدان المتقدمة. وهذا التطور الحديث يذكرنا بما حدث عقب الثورة الصناعية وصدور التشريعات المتعلقة بحوادث العمل. ففى فرنسا مثلا اعترف منذ صدور قانون ٩ أبريل ١٨٩٨ بأن مسئولية رب العمل عن حوادث العمل هى مسئولية قانونية لا عقدية ولا تقصيرية.

ثالثا: تطور المسئولية التقصيرية(1):

يتنازع تطور المسئولية التقصيرية فكرتين متضادتين:

الأولى: ترتكز على الضرر الذى حاق بالشخص وتقتضى تعويض المضرور عن هذا الضرر الذى أصابه بصرف النظر عما إذا كان المسئول قد ارتكب خطأ أو لم يرتكب. وفى مراحل التطور الأولى للمسئولية التقصيرية كانت المسئولية المدنية تختلط بالمسئولية الجنائية، وكانت العقوبة تختلط بالتعويض.

الثانية: ترتكز على الخطأ بحيث أن من تسبب في الضرر لا يلتزم بالتعويض إلا إذا كان مخطئا – وفى مراحل التطور اللاحقة للمسئولية التقصيرية بدأ التمييز الواضح بين الخطأ المدنى والخطأ الجنائى، وبالتالى بين المسئولية المدنية والمسئولية الجنائية، وبين التعويض والعقوبة.

ولنر كيف كان تاريخ المسئولية التقصيرية عبارة عن صراع بين هاتين الفكرتين السابقتين.

١- في القانون الرومانى: المسئولية الموضوعية والجنائية:

في القانون الرومانى، شأنه في ذلك شأن التشريعات البدائية، كان الجزاء عن الضرر الذى يقع من شخص على آخر هو الثأر. ثم اقتصر حق المضرور بعد ذلك على الدية الاختيارية، ثم تطور الأمر وأصبحت الدية إجبارية. وبعد أن ظهرت السلطة المركزية وتدخلت الدولة في إقرار الأمن والنظام بدأت تظهر فكرة العقوبة.

في بادئ الأمر تم تحديد الأفعال التى تستوجب تدخل الدولة على سبيل الحصر وذلك دون أن تنتظمها قاعدة عامة. ومن ذلك قانون أكيليا الذى حدد الجريمة التى نص عليها تحديدا ضيقا وبعد ذلك بدأ يتسع نطاق هذه الأعمال

---

(1) انظر:
F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, op. cit., no 651, P. 616 ets. Ph. Le Tourneau,L. Cadiet, op. cit., p. 26 ets, H. et. L. et. J. Mazeaud, F. Chabas,op. cit., no 318 – 239, p. 340 et s.

بالتدريج وتتحلل الجريمة من القيود المادية مما كان له أثـره علـى مقدار الغرامـة المنصوص عليها، لكن دون أن يصل الرومان إلى التعميم الكامل.

وبعد ذلك حاول الفقهاء الرومان سد النقص في هذا القانون من طرق أخرى، فاستعانوا في ذلك بدعوى الغش actio doli، كما ألحقت بعض الأعمال بالجرائم فأصبحت ترتب نفس المسئولية. ثم تعددت النصوص عندهم حتى صارت تشمل أغلب الأحوال التى يقع فيها ضرر مادى علاوة على الكثير من أحوال الضرر الأدبى. من خلال هذا التطور نستطيع أن نستخلص سمات المسئولية في هذا العصر والتى يمكن أن نجملها فيما يلى:

أولا: إن القانون الرومانى لم يقرر قاعدة عامة في المسئولية وإنما عرف حالات خاصة زاد تعدادها مع الزمن دون أن تنتظمها قاعدة عامة قط.

ثانيا: أن المسئولية الناشئة عن الفعل الضار كانت عند الرومان وظلت حتى آخر عهد القانون الرومانى مسئولية جنائية.

ثالثا: أن العقوبة التى توقع على هذه الأعمال كانت غرامة خاصة يتقاضاها المجنى عليه لا يقف تقديرها عند قدر الضرر بل يتجاوز ذلك لأن فكرة العقوبة الجنائية هى الفكرة الغالبة على فكرة التعويض المدنى.

رابعا: إن المسئولية كانت تقوم في الأصل والأساس على الضرر ولم يشترط في قيامها ارتكاب الجانى أى خطأ، ولم تظهر فكرة الخطأ عند الرومان إلا في أواخر عهد الجمهورية تحت تأثير الفلسفة اليونانية. ثم اشترطوا في تطبيق قانون أكيليا أن يكون مسلك الجانى الذى وقع منه التعدى خطأ واكتفوا في ذلك بأدنى خطأ يقع منه. هذا بخلاف دعوى الغش التى كان قوامها الخطأ والتدليس.

٢- في القانون الفرنسى القديم: المسئولية الشخصية والمدنية:

إذا كانت إرهاصات تطور المسئولية قد بدأت في آخر مراحل التطور في القانون الرومانى إلا أن القانون الفرنسى القديم في تطوراته المختلفة كان له الفضل في تمييز الخطأ الجنائى عن الخطأ المدنى، وبالتالى تمييز المسئولية المدنية على المسئولية الجنائية وتمييز التعويض عن العقوبة. كما كان له الفضل

ايضاً في التمييز داخل المسئولية المدنية بين المسئولية التقصيرية والمسئولية العقدية. وتمحض هذا التطور عن النتائج الآتية:

أولا: تقرر في القانون الفرنسي القديم، تحت تأثير القانون الكنسي، القاعدة العامة في المسئولية بحيث أصبح كل ضرر يوجب مساءلة من تسبب في وقوعه.

ثانيا: اتضحت الخطوط الفاصلة بين التعويض والعقوبة وبصفة خاصة بالنسبة للضرر الذى يقع على المال، غير أن الضرر الذى يقع على النفس أو الشرف بقى الجزاء عليه يحمل أثر فكرة العقوبة.

ثالثا: أصبحت المسئولية التقصيرية تقوم على فكرة الخطأ وتم التمييز بين الخطأ التقصيرى والخطأ العقدى من ناحية وبين الخطأ التقصيرى والخطأ الجنائى من ناحية أخرى.

٣- في التقنين المدني الفرنسي: استقرار فكرة المسئولية الشخصية والمدنية.

تبنى تقنين نابليون الخصائص الثلاثة للمسئولية التقصيرية وجعل من المسئولية التقصيرية قاعدة عامة وميزها عن المسئولية الجنائية وأقامها على أساس الخطأ فنص في المادة ١٣٨٢ على أن "كل عمل يوقع ضررا بالغير يلزم من وقع هذا الضرر بخطئه أن يقوم بتعويضه".

في بعض الحالات أجاز قانون نابليون الخطأ المفترض ومقتضاه إعفاء المضرور من عبء إثبات الخطأ، كمسئولية والد الصغير، وفى حالات أخرى ذهب التقنين الفرنسى إلى جعل الشخص مسئولا عن عمل غيره كما في حالة العمل غير المشروع الذى يرتكبه التابع إذ يكون المتبوع مسئولا. كذلك أجاز تقنين نابليون الخطأ المفترض بالنسبة لبعض الأشياء وعلى الأخص بالنسبة للحيوانات التى تكون في حراسة الشخص. وتنص المادة ١٣٨٤/ ١ على "المسئولية عن فعل الأشياء التى تكون في حراسة الشخص".

هذا التنظيم كان ملائما للظروف الاقتصادية وقتئذ ولكن بعد ذلك قد أثبتت التطورات اللاحقة عدم كافية هذا التنظيم وهذا هو موضوع الفقرة التالية:

٤- التطورات اللاحقة للتقنين المدنى الفرنسى وبعث فكرة المسئولية الموضوعية:

لم يقف تطور المسئولية التقصيرية عندما نص عليه قانون نابليون بل إن ما حدث نتيجة الثورة الصناعية وانتشار الآلات الميكانيكية في شتى المجالات قد أدى إلى كثرة الحوادث التى تصيب العمال في الوقت الذى كان يتعذر، في أغلب الاحوال، على العمال الحصول على تعويض هذا الضرر لعجزهم عن إثبات خطأ رب العمل. هذه النتيجة غير العادلة أدت إلى بروز ركن الضرر في المسئولية التقصيرية مرة أخرى إلى درجة أنه كاد يطغى على ركن الخطأ كما كان الأمر عليه في المراحل الأولى لتطور المسئولية التقصيرية.

ونتيجة لهذه التطورات حاول الفقه جاهدا أن يعالج هذا الأمر عن طريق الاحتيال على بعض نصوص التقنين المدنى الفرنسى بتشبيه الآلات بالبناء وبالتالى الاكتفاء بإثبات العامل عيبا فيها لتقوم مسئولية رب العمل عما تحدث الآلات المعيبة من الضرر. لكن تيسير الإثبات على هذا النحو لم يؤد إلى حل المشكلة بل أدى إلى تعقيدها لذلك لجأ الفقه إلى طريقة أخرى، بأن جعل رب العمل مسئولا مسئولية عقدية عن سلامة العامل بموجب عقد العمل ذاته، ولم يساير القضاء الفقه في ذلك.

وقد اضطر الفقه بعد ذلك إلى مواجهة المشكلة بصورة مباشرة فنادى بأنه ليس من الضرورى أن يكون الخطأ أساسا للمسئولية التقصيرية، ويجوز أن تقوم هذه المسئولية لا على فكرة الخطأ بل على فكرة الضرر وتحمل التبعة. وقد استعان الفقه في سبيل ذلك، في مرحلة أولى، إلى تحوير النصوص وتفسيرها تفسيرا لم يكن ليخطر ببال المشرع الفرنسى. في مرحلة لاحقة اتجه الفقه إلى بناء نظرية كاملة تسمى بنظرية تحمل التبعات المستحدثة "أو بالنظرية الموضوعية" وذلك للمقابلة بينها وبين النظرية الشخصية التى تقوم على فكرة الخطأ.

طبقا لهذه النظرية الجديدة فإن المسئولية المدنية تقوم على أساس الضرر الذى يستوجب التعويض لا الخطأ الذى يقتضى العقوبة وذلك حتى يتسنى حماية العمال من الأخطار التى يتعرضون لها نتيجة المخترعات الحديثة، خاصة وأن هذه المخترعات تشكل مصدر رزق كبير بالرغم من أنها مصدر خطر جسيم.

كما أنه يسهل التأمين في شأن هذه الأخطار وبذلك يستطيع صاحب العمل أن يتحمل عبء ما يصيب العمال من ضرر باعتباره من مخاطر المهنة وهو أقدر من العامل على مواجهة هذه المخاطر". (١)

واعتناق أى من النظريتين يترتب عليه آثار جوهرية: ففى المسئولية الشخصية نجد أن أساسها الخطأ والمسئول فيها هو الحارس ويجوز دائما دفعها إما لعدم استطاعة الدائن إثبات الخطأ في جانب بالمدين، وإذا كانت قائمة على خطأ مفروض يقبل إثبات العكس فإن المدين يستطيع دفعها بإثبات أنه لم يخطئ، وإذا كانت قائمة على خطأ مفروض لا يقبل إثبات العكس فإن المدين يستطيع دفعها بإثبات السبب الأجنبى. أما في المسئولية الموضوعية فإننا نجد أن أساسها الضرر وأن المسئول فيها المنتفع وأنه لا يجوز دفعها ما دام الضرر قد وقع من جراء النشاط ولو بغير خطأ المسئول.

وبالرغم من هذا الجهد الفقهى الضخم فإنه لم يكتب للنظرية الموضوعية السيادة، بل قد تحول عنها الفقه شيئا فشيئا، كما أن المشرع لم تبين هذه النظرية إلا في نطاق محدود، في بعض نواحى النشاط وما يتولد عنها من تبعات، ودون أن يأخذ بها كقاعدة عامة. أما بالنسبة للقضاء الفرنسى فإنه لم يسلم بالمسئولية الموضوعية، بل هو يشترط دائما أن تقوم المسئولية على الخطأ ومع ذلك اتجه القضاء إلى الأخذ بفكرة الخطأ المفروض في حالات كثيرة. كما استعان القضاء الفرنسى بالمسئولية العقدية في بعض الحالات وذلك عن طريق استخلاص التزام بضمان السلامة في بعض العقود. وبذلك يكون القضاء الفرنسى قد أدرك، بوسائله الخاصة، كثيرا من النتائج العملية التى تسعى إليها النظرية الموضوعية دون اعتناق لهذه النظرية. (٢)

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك السنهورى، الوسيط جـ ١، فقرة ٥٢٠ ص ٨٦٧ وما بعدها وبصفة خاصة ص ٨٧٠.

(٢) انظر السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٥٢٠ ص ٨٧٢.

٥- موقف التشريع المصرى:

لم يأخذ التقنين المدنى القديم بنظرية المسئولية الموضوعية. بل أقام المسئولية على أساس خطأ واجب الإثبات فيما عدا حالات أقام المسئولية فيها على أساس الخطأ المفترض.

وكذلك لم يأخذ القانون المدنى الجديد بنظرية تحمل التبعة واكتفى المشرع بالأخذ بها في حالات خاصة. إذا دعت إلى ذلك ضرورات اقتصادية وبقدر ما تدعو تلك الضرورات[1].

وقد أورد التقنين المدنى المصرى عددا من النصوص (م ١٦٣ ـ ١٧٨ مدنى) يتناسب مع أهمية المسئولية التقصيرية. ويقيم التقنين المدنى المسئولية عن الأعمال الشخصية، وهى الأصل العام في المسئولية، على خطأ واجب الإثبات.ويقيم المسئولية عن عمل الغير وعن الأشياء على خطأ مفروض.

خطة البحث:

ندرس المسئولية التقصيرية في فصلين متعاقبين:

الفصل الأول: شروط انعقاد المسئولية.

الفصل الثانى: أثر انعقاد المسئولية.

(١) وهذا ما استقر عليه القضاء في مصر، أنظر نقض ١٩٩٢/٦/١٨ الطعن ٨٢٨ لسنة ٥٨ ق حيث قضت "إن القانون المصرى لم يرد فيه ما يجعل الشخص مسئولا عن المخاطر التى لا يلبسها شىء من التقصير، كأصل عام، بل لم يأخذ بهذا النوع من المسئولية إلا في حالات متفرقة بمقتضى تشريعات خاصة".

الفصل الأول

شروط انعقاد المسئولية

وفى هذا الفصل نعرض للواقعة المنشئة للمسئولية، ثم بعد ذلك ندرس الضرر، وأخيراً نبحث رابطة السببية[1].

الفرع الأول

واقعة منشئة للمسئولية

وهنا نعرض للأفعال الشخصية، ثم بعد ذلك لأفعال الغير، وأخيراً نعرض لفعل الشيء باعتبارهم وقائع منشئة للمسئولية.

المبحث الأول

الأفعال الشخصية

اساس المسئولية الخطأ الثابت:

والمسئولية عن الأفعال الشخصية تمثل الأصل من ناحيتين: أولاً: أنه من البديهى أن يكون الشخص مسئولاً عن أفعاله الشخصية. وثانيا: لا يسأل الشخص عن هذه الأفعال إلا إذا إرتكب خطأ يوجب مسئوليته. وعلى الدائن إثبات هذا الخطأ في جانب المدين. فهذه المسئولية تقوم على خطأ واجب الإثبات وهذه هى القاعدة العامة في المسئولية التقصيرية.

تنص المادة ١٦٣ مدنى مصرى على أن "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض".

---

(١) من المقرر أن المسئولية التقصيرية لا تقوم إلا بتوافر اركانها الثلاثة من خطأ ثابت (أو مفترض) في جانب المسئول إلى ضرر واقع في حق المضرور وعلاقة سببية تربط بينهما بحيث أن هذا الضرر قد نشأ من ذلك الخطأ ونتيجة لحدوثه" نقض ١٩٨٣/١/١١ الطعن ١١٦٠ لسنة ٤٧ ق.

أركان الخطأ:

ولكى تقوم مسئولية الشخص فإنه يجب أن ينحرف عن السلوك المألوف والسلوك الواجب اتباعه قانونا[1] مع إدراكه لهذا الانحراف فيتوافر في جانبه الركن الأول من أركان المسئولية وهو الخطأ ولنر أركان الخطأ في الفقرات التالية:

المطلب الأول

الانحراف أو التعدى

وهنا يجب أن نقف أولا على أنواع الانحراف أو التعدى ومعياره ثم نعرض ثانيا للحالات التى لا يكون فيها الانحراف أو التعدى خطأ.

أولاً: أنواع الانحراف أو التعدى ومعياره:

وهنا نعرض على سبيل التعاقب لأنواع الانحراف ثم المعيار.

١- الانحراف العمدى والانحراف غير العمدى: الانحراف أو التعدى قد يكون عمدياً وقد يكون غير عمدى حيث أن المشرع لا يميز في نطاق المسئولية التقصيرية بينهما[2].

ويكون الانحراف عمديا إذا كان الشخص قد أراد الأعمال المادية المؤدية إلى إيقاع الأذى والضرر بالغير كما أنه أراد هذا الضرر الذى وقع. وبذلك يتجلى العمد في نية الإضرار بالغير. ولكن لا يكفى أن يتوافر لدى الشخص نية الإضرار بالغير حتى يكون سلوكه خاطئا موجبا للمسئولية، وإنما يجب أن تكون هذه النية سيئة. فإذا لم تكن هذه النية سيئة فلا تعتبر نية الإضرار بالغير خطأ موجبا للمسئولية. إذا قد يريد الشخص أن يضر بالغير ومع ذلك لا يعتبر مخطئا إذا لم يرتكب هذا الفعل الضار إلا ليدفع عن نفسه أو ماله خطر حال (حالة الدفاع الشرعى)، أو ليتفادى ضررا أكبر (حالة الضرورة).

---

(١) نقض ١٩٨٦/٢/١٧ الطعن ١٠٨٥ لسنة ٥٠ ق.
(٢) نقض ١٩٧٨/٣/٦ س ٢٩ ص ٦٨٦

ويكون الانحراف غير عمدى إذا لم يكن عند الشخص نية الإضرار بالغير ولكن يقع منه اهمال أو تهور يؤدى إلى الإضرار بالغير كما إن المشرع لا يميز في نطاق المسئولية التقصيرية بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير فكل منهما يوجب تعويض الضرر الناشىء عنه وأنه يكفى لقيام المسئولية مجرد إهمال ما توجبه الحيطة والحذر "(١).

٢ـ معيار الانحراف أو التعدى: (٢)

كيف نقف على الانحراف عن السلوك الواجب؟ هل المرجع في ذلك الشخص المتعدى نفسه أم المرجع معيار مجرد نقيس عليه سلوك الشخص المتعدى لنعرف مدى هذا الانحراف؟ المعيار الأول يعرف بالمعيار الشخصى والمعيار الثانى يعرف بالمعيار الموضوعى؟

بالنسبة للمعيار الشخصى يتوقف الأمر في معرفة ما إذا كان الفعل الضار الذى وقع من الشخص انحرافاً أم لا على شخص المتعدى نفسه. ننظر إلى ذات الشخص لنبحث هل ما وقع منه يعتبر بالنسبة إليه، إنحرافاً فى السلوك، فإذا كان ذلك الشخص على درجة عالية من اليقظة والحرص حاسبناه على أقل إنحراف في سلوكه. ويحاسب من باب أولى إذا كان فعله يشكل انحرافاً يسيراً أو جسيماً. أما إذا كان ذلك الشخص خاملاً بليد الإحساس فإنه لا يحاسب على الانحراف إلا إذا كان ذلك الانحراف جسيماً وما دون ذلك فإنه لا يحاسب عليه حتى ولو اعتبر انحرافاً في نظر جمهور الناس. أما إذا كان ذلك الشخص في المستوى العادى من اليقظة فإنه يحاسب على الانحراف الجسيم واليسير دون الانحراف التافه".

هذا المعيار يبدو عادلاً بالنسبة للشخص الذى وقع منه الفعل إذ أنه لا يحاسب إلا على مقدار فطنته ويقظته لكنه غير عادل بالمرة بالنسبة لمن وقع به الضرر إذ لا يعوض الشخص المضرور طالما ثبت أن المعتدى كان دون المستوى العادى من اليقظة أو الفطنة أو في ذلك المستوى. كما أن هذا المعيار

(١) نقض ١٩٨٦/٢/١٧ الطعن ١٠٨٥ لسنة ٥٠ ق

(٢) انظر السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٥٢٨ ص ٨٨٢ ومابعدها

يقتضى في كل مرة تحليل شخص المعتدى ثم الخوض في خفايا نفسه للوقوف على مقدار فطنته ويقظته وهذا أمر لا يخفى على أحد صعوبته إذ لا يسهل دائماً الاهتداء إلى معرفة وجه الحقيقة واليقين فيه.

أما بالنسبة للمعيار الموضوعى أو المجرد: فإنه لا يتوقف عند الشخص المعتدى ذاته للحكم فيما إذا كان ما وقع منه يعد انحرافاً أم لا بل ينظر إلى شخص مجرد لتحديد مدى الانحراف عن السلوك الواجب.

والشخص المجرد الذى يرجع إليه في قياس الانحراف والتعدى ليس هو الشخص الحريص جداً، وذلك حتى لا يقع غبن كبير على متوسطى البصر واليقظة لأنه يحملهم أكثر مما يطيقون، ولا هو الشخص المهمل، وذلك حتى لا تتعرض مصالح الناس للضرر، وإنما هو الشخص العادى.

والشخص العادى هو الذى يمثل جمهور الناس، أوساط الناس فلا هو شديد الفطنة واليقظة فيرتفع إلى الذروة، ولا هو محدود الفطنة خامل الهمة فينزل إلى الحضيض. فالأحكام يجب أن تبنى على الغالب وهو مقدرة أوساط الناس لأنه لا يصح أن يطالب الناس جميعاً بأكثر مما يستطيعه أغلبيته وهذا ما تبعه المشرع المصرى صراحة في التقنين المدنى الحالى حيث نص على هذا المعيار في المواد ١٩٢، ٢١١، ٥٨٣/ ١، ٦٤١/ ١، ٧٠٤، ٧٢٠ .. الخ وكذلك فعلت أكثر التقنيات العربية[(١)].

والشخص العادى الذى يرجع إليه في قياس الانحراف والتعدى ليس شخصا أى شخص كان بل هو شخص من نفس طائفة الشخص الذى وقع منه الفعل الضار، وفى نفس ظروفه الخارجية لا الداخلية.

وكما هو واضح إننا لم نقم وزنا للظروف الداخلية لمرتكب الفعل الضار، وهى الخاصة بشخصه والتى لا تظهر إلا بالبحث الذاتى، كضعف أعصابه أو بصره، أو اضطراب مزاجه أو نفسه، أو درجة تمييزه ومقدار ثقافته، ويرجع السبب في ذلك إلى أن أخذ هذه الظروف في الاعتبار يؤدى إلى

---

(١) انظر المادة ١١٣٧ مدنى فرنسى التى نصت على معيار عناية رب الأسرة العاقل Bon pére de famille وكذلك في المادة ١٧٢٨ مدنى فرنسى في شأن التزامات المستأجر.

الانصراف عن المعيار الموضوعي أو المجرد وإهدار المقارنة بمسلك الرجل العادى والتركيز على تقدير مسلك مرتكب الفعل الضار تقديراً ذاتياً لا ضابط فيه.

وتطبيقاً لذلك إذا ما ارتكب سائق سيارة فعلاً ضاراً بسيارته ونود أن نعرف هل هناك انحراف في سلوك هذا السائق عن السلوك الواجب؟ فإن الخطوة الأولى يجب أن نبحث في طائفة السائقين عن السائق العادى ونقارن مسلك السائق الذى وقع منه الاعتداء بمسلك ذلك السائق العادى فإذا كان هناك تطابق بين المسلكين من حيث اليقظة والانتباه فإن السائق مرتكب الفعل الضار لا يعتبر مخطئاً أما إذا كان غير ذلك فأنه يعتبر مخطئاً.

ونأخذ ظرف المكان، كالقيادة داخل المدينة أو خارج المدينة، في طريق مزدحم أو غير مزدحم بالمارة، في طريق جاف أو طريق زلق بماء المطر. وكذلك ظرف الزمان من حيث اعتباره من الظروف الخارجية التى تؤخذ في الاعتبار عند تحديد مدى الانحراف عن السلوك الواجب للرجل العادى.

أما إذا كان الأمر يتعلق بظرف من الظروف الداخلية لمن وقع منه الفعل الضار، من حيث كونه عصبى المزاج، أو ضعيف البصر، أو بطيء التفكير فإنه لا يدخل في الاعتبار عند قياس الانحراف عن السلوك الواجب للرجل العادى. فالسائق العادى لا يكون عصبى المزاج، بل يكون هادئ الطبع، ولا يكون ضعيف البصر بل يكون سليم البصر، ولا يكون متردداً بل يكون حاضر الذهن.

مجمل القول أن تطبيق المعيار الموضوعى المجرد يقتضى أن نضع الشخص مرتكب الفعل الضار في الطائفة التى ينتمى إليها ثم نبحث في هذه الطائفة عن نموذج للشخص العادى ثم نقارن مسلك مرتكب الفعل الضار بمسلك ذلك الشخص العادى مجرداً من الظروف الداخلية الشخصية لمرتكب الفعل الضار دون الظروف الخارجية. وهذا المعيار ينطبق على الخطأ العمد والخطأ بإهمال دون تفرقة. كما أن هذا المعيار ينطبق سواء كان الخطأ إيجابياً أو سلبياً. كما يستوى في تطبيق هذا المعيار أن يكون الخطأ جسيماً أو يسيراً.

٣- تكييف التعدى واستخلاصه:

تكييف الأفعال الصادر من المدعى عليه في دعوى المسئولية بأنها خطأ أو نفى هذه الوصف عنها هو من المسائل التى يخضع فيها قضاة الموضوع لرقابة محكمة النقض[١]. لكن استخلاص الخطأ الموجب للمسئولية هو مما يدخل في حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع ما دام هذا الاستخلاص سائغاً مستمداً من عناصر تؤدى إليه من وقائع الدعوى[٢].

ثانياً: الحالات التى لا يكون فيها الانحراف أو التعدى خطأ: [٣]

وقد ذكر القانون المدنى هذه الحالات وهى ثلاث:

١- حالة الدفاع الشرعى.

٢- حالة الضرورة.

٣- حالة تنفيذ أمر صادر من الرئيس.

١- حالة الدفاع الشرعى:

نصت المادة ١٦٦ مدنى على أنه "من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعى عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله كان غير مسئول، على ألا يجاوز في دفاعه القدر الضرورى وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة" مقتضى هذه المادة أن رد الاعتداء غير المشروع عمل مشروع لا تترتب عليه المسئولية، ويشترط لذلك عدة شروط.

أ - وجود خطر حال يتهدد الشخص في نفسه أو ماله أو نفس أو مال الغير. إذا كان وقوع الاعتداء فعلاً يبرر الدفاع، فإن لم يكن لدفعه أصلاً فعلى الأقل لوقفه ومنع المعتدى من التمادى فيه، فإن وجود خطر الاعتداء يخول أيضاً

---

(١) نقض ١٩٩٥/٢/٨ س ٤٦ ص ٣٤٩، ١٩٩٥/٣/١٥ س ٤٦ ص ٤٨٣، ١٩٩٥/١١/٢٣ س ٤٦ ص ١٢١٩

(٢) نقض ١٩٦٦/٦/٣٠ س ١٧ ص ١٤٩٧، ١٩٧٩/١٢/٢٠ س ٣٠ ع٣ ص ٣٣٧، ١٩٨٠/١٢/٢ س ٣١ ص ١٩٧٨، ١٩٨٢/٢/٢١ س ٣٣ ص ١٦٠، ١٩٩١/٥/٢٨، الطعن ٧٩١ لسنة ٥٧ ق، ١٩٩٥/١/١٩ س ٤٦ ص ١٩٧

(٣) انظر السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٥٣١ ص ٨٩١ وما بعدها

المدافع تدارك هذا الخطر قبل وقوعه. على ذلك؛ فإن حق الدفاع لا ينشأ من وقت وقوع الاعتداء فحسب بل بمجرد تأهب المعتدى للاعتداء. ولا يلزم أن يكون الخطر الذى يتهدد الشخص حقيقيا في ذاته بل يكفى ان تصور ظروف الحال ذلك للمدافع طالما ان تصوره كان مبينا على أسباب معقولة(١). لكن يلزم لنشوء الدفاع الشرعى أن يكون الخطر حالا اى يكون وشيك الوقوع(٢)، إذا لم يبادر المهدد به إلى دفعه. وعلى ذلك لا ينشأ حق الدفاع الشرعى إذا كان الاعتداء المهدد به اعتداء مستقبلا لا ينتظر وقوعه إلا بعد فترة زمنية تسمح بالالتجاء إلى السلطات المختصة لتحول دون وقوع هذا الاعتداء. كما أنه لا محل للدفاع الشرعى إذا كان الاعتداء قد وقع بالفعل واستنفد آثاره أو انقطع خطر تكراره.

ويستوى أن يتهدد خطر الاعتداء الشخص نفسه أو غيره، ويستوى أن يتهدد النفس أو العرض أو الكرامة أو المال.

ب- يجب أن يكون الخطر الحال المراد دفعه عملا غير مشروع. ويكون الخطر عملا غير مشروع إذا لم يكن استعمالا لحق أو أداء لواجب. فإذا كان استعمالا لحق أو أداء لواجب كان الخطر مشروعا فلا يجوز دفعه. فالشرطى الذى يلقى القبض على من يرتكب مخالفة القانون ليقتاده إلى القسم لا يعتبر اعتداء غير مشروع من جانبه ولا يبرر للمخالف مقاومته إذا لا يعتبر ذلك دفاعا شرعيا. كذلك لا يعتبر معتديا ولا يجوز استعمال حق الدفاع الشرعى ضده من يؤدب ولده أو زوجه.

جـ - يجب أن يكون دفع الاعتداء بالقدر الضرورى: من مقتضيات الدفاع الشرعى ألا يكون في الإمكان دفع الخطر الحال أو وقف الاعتداء الا بالالتجاء إلى القوة. لكن يجب ألا يجاوز المدافع القدر الضرورى من القوة لدفع الاعتداد. ويعتبر تقدير القوة اللازمة لدفع الاعتداء أمرا موضوعيا لا يخضع فيه

---

(١) نقض ١٩٩٥/٢/٨ س ٤٦ ص ٣٤٩، ١٩٩٥/٣/١٥ س ٤٦ ص ٤٨٣، ١٩٩٥/١١/٢٣ س ٤٦ ص ١٢١٩

(٢) نقض ١٩٦٦/٦/٣٠ س ١٧ ص ١٤٩٧، ١٩٧٩/١٢/٢٠ س ٣٠ ع٣ ص ٣٣٧، ١٩٨٠/١٢/٢ س ٣١ ص ١٩٧٨، ١٩٨٢/١/٢١ س ٣٣ ص ١٦٠، ١٩٩١/٥/٢٨ الطعن ٧٩١ لسنة ٥٧ ق، ١٩ ١ ١٩٩٥ س ٤٦ ص ١٩٧

القاضى لرقابة محكمة النقض طالما قام تقديره على أسباب سائغة. فإذا جاوز المدافع القدر الضرورى، اعتبر مخطئا وأصبح ملزما بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة.

٢- حالة الضرورة:

تنص المادة ١٦٨ من القانون المدنى على أ"من سبب ضررا للغير ليتفادى ضررا أكبر، محدقا به أو بغيره، لا يكون ملزما إلا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسبا".

حالة الضرورة هى الحالة التى يجد الشخص نفسه فيها مضطرا – لدرء خطر جسيم محدق به أو بغيره – إلى أن يلحق بشخص آخر ضررا لا يجاوز الضرر الذى يتحاشاه. حالة الضرورة لا تعدم لدى من تواجهه الإرادة أو الاختيار إذ لا يزال له شيء من الاختيار بين أمرين بعد أن يوازن بينهما، تحمل الضرر الذى يتهدده أو ارتكاب فعل الضرورة تفاديا لذلك الضرر. وتختلف القوة القاهرة في ذلك عن حالة الضرورة، إذ أن القوة القاهرة لا تدع للشخص أى فرصة للاختيار أو الموازنة بين الأمرين وإنما تضع الشخص أمام استحالة التصرف على النحو المطلوب.

وعلى ضوء ذلك يشترط لتحقق الضرورة الشروط الآتية:

أ – أن يكون هناك خطر حال يهدد الشخص مرتكب فعل الضرورة أو غيره، سواء كان الخطر يهدد النفس أو المال. وفى هذا يختلف حكم القانون المدنى عن حكم القانون الجنائى حيث أن الأخير قصر حالة الضرورة على الخطر الذى يهدد النفس فقط(م ٦١ عقوبات).

ب- أن يكون الخطر الحال مصدره أجنبى عن مرتكب فعل الضرورة وعمن وقع عليه فعل الضرورة "فإذا كان الخطر الحال مصدره من ارتكب فعل الضرورة فإن الحاقه الضرر بالغير لكى يتفادى خطرا هو الذى جلبه على نفسه

يجعله مسئولا مسئولية كاملة"[1]. وإذا كان الخطر مصدره من وقع عليه فعل الضرورة كنا بصدد دفاع شرعي لا بصدد حالة ضرورة.

جـ - أن يكون الضرر المراد تفاديه أكبر من الضرر الناشئ عن فعل الضرورة أما إذا كان الضرر المراد تفاديه مساويا للضرر الذى حدث من فعل الضرورة، أو دونه في الجسامة كان الشخص مسئولا مسئولية كاملة.

ومثال حالة الضرورة أن شخصا يتلف مالا للغير ليطفى حريقا شبت في داره وتكون قيمة المال الذى أتلف أقل من الخسارة التى تنجم عن استمرار الحريق في الدار. في هذه الحالة يكون الشخص مسئولا ويلتزم بالتعويض الذى يراه القاضى مناسبا.

وفى هذا يختلف القانون المدنى عن القانون الجنائى حيث أن هذا الأخير لم يعول على التفاوت بين الضررين وإنما اهتم بأن لا يكون هناك سبيل لدرء الخطر الحال غير ارتكاب الفعل الضار، أى أن يكون الخطر ملجئا لارتكاب هذا الفعل. ولذلك يشترط في حالة الضرورة في القانون الجنائى ألا يكون ثمة سبيل لدرء الخطر غير إحداث ضرر للغير لا يجاوز في أهميته الضرر الذى أريد تفاديه.

ويتضح من ذلك أن المسئولية المدينة عن أعمال الضرورة أوسع مدى من المسئولية الجنائية عنها. ففى نطاق القانون المدنى إذا كان الضرر المراد تفاديه مساويا للضرر الذى حدث من فعل الضرورة أو دونه في الجسامة كان الفاعل مخطئا في إنزال ضرر بالغير توقيا لضرر شخصى لا يجاوزه في الأهمية وتقوم مسئوليته كاملة طبقا لنص المادة ١٦٣ مدنى. أما إذا كان الضرر المراد تفاديه أكبر من الضرر الناشئ عن فعل الضرورة فإن الفاعل يبقى أيضا مسئولا مسئولية تقصيرية كل ما هنالك لا يحكم عليه إلا بتعويض مخفف وفقا لصريح نص المادة ١٦٨ مدنى.

---

(١) نقض ١٩٨٥/١٠/٣٠ س ٣٦ ص ٩٥٧.

مقارنة بين حالة الدفاع الشرعي وحالة الضرورة:

تتفق حالة الدفاع الشرعي وحالة الضرورة في علة تقرير كل منهما، وهى وجود خطر حال على النفس أو على المال أو على نفس الغير أو ماله.

ويختلفان فيما وراء ذلك، ففى حالة الدفاع الشرعي نجد أن الأذى الذى يحدثه المدافع بغيره يقع على شخص معتد ذلك فإنه فعل المدافع يعتبر مشروعا. أما في حالة الضرورة فإن الضرر الذى يسببه للغير مرتكب فعل الضرورة يقع على شخص برئ ولذلك بقيت مسئوليته وإن كانت مخففة.وقد ترتب على هذا الفرق الجوهرى فارق آخر وهو اشتراط أن يكون الضرر المراد تفاديه أكبر من الضرر الناشئ عن فعل الضرورة بينما لا يشترط في الاعتداء الذى يبرر حق الدفاع الشرعى أى شيء من الجسامة.

ولذلك نجد أن الفعل المرتكب في حالة الضرورة يستتبع دائما مسئولية فاعلة "مسئولة كاملة إذا وقع من الفاعل خطأ سواء كان هذا الخطأ قد تسبب في إيجاد الضرورة أو كانت الضرورة أجنبية عنه وكان خطؤه ناشئا عن سوء تقدير أهمية كل من الضررين، أو مسئولية مخففة إذا توافرت شروط الضرورة. أما الفعل الذى يقع في استعمال الدفاع الشرعى فإن التزم فيه صاحبه حدود هذا الحق، كان لا خطأ فيه ولا مسئولية إطلاقا. وإن جاوز فيه تلك الحدود كان خطأ واستوجب المسئولية وفقا للقواعد العامة، وكان تخفيف هذه المسئولية فيه طبقا لقواعد الخطأ المشترك".

٣- حالة تنفيذ أمر صادر من الرئيس:

نصت المادة ١٦٧ من القانون المدنى على أنه "لا يكون الموظف العمومى مسئولا عن عمله الذى أضر بالغير إذا قام به تنفيذا لأمر صادر إليه من رئيس، متى كانت طاعة هذا الأمر واجبة عليه أو كان يعتقد أنها واجبة، أو أثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذى وقع منه وكان اعتقاده مبنيا على أسباب معقولة وأنه راعى في عمله جانب الحيطة".

ويتضح من هذا النص أن أداء الواجب كاستعمال الحق ينتفى معه التعدى أو الانحراف، فإذا ترتب عليه ضرر للغير، لم يستتبع ذلك مسئولية فاعلة

وعلى ذلك إذا ترتب على إطاعة الموظف أمر الرئيس أو أمر القانون ضرر لا تقوم مسئولية الموظف إذا توافرت الشروط معينة.

وبالمثل تنص المادة ٦٣ عقوبات على انه " لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف أميري في الأحوال الآتية:

أولا: إذا ارتكب الفعل تنفيذا لأمر صادر إليه من رئيس وجبت عليه طاعته أو اعتقد أنها واجبة عليه.

ثانيا: إذا حسنت نيته وارتكب فعلا تنفيذا لما أمرت به القوانين أو ما اعتقد أن اجراءه من اختصاصه.

وعلى كل حال يجب على الموظف أن يثبت أنه لم يرتكب ذلك الفعل إلا بعد التثبت والتحري وأنه كان يعتقد مشروعيته وإن اعتقاده كان مبنيا على أسباب معقولة".

فإطاعة أمر صادر من الرئيس يجعل التعدى عملا مشروعا إذا توافرت الشروط الآتية:

أ- أن يكون الذي أحدث ضررا بالغير موظفا عموميا. وتتحدد صفة الموظف العمومي طبقا لأحكام القانون الإداري. وعلى ذلك إذا كان ترتب على تنفيذ الوكيل لتعليمات موكله ضررا للغير فإن الوكيل يسأل في هذه الحالة ولا ينطبق عليه حكم هذه المادة.

ب- أن يكون صدر له أمر بتنفيذ هذا العمل من رئيس طاعته واجبة عليه. ويجب كذلك أن يعتقد أن طاعة الأمر ذاته الذى صدر إليه من الرئيس واجبة. وعلى ذلك إذا كان الأمر الصادر إليه من رئيسه أمرا غير واجب الطاعة وقام بتنفيذه فإنه يكون مسئولا ويعتبر عمله غير مشروع. مثال ذلك أن يصدر مأمور المركز أمرا لأحد الضباط بالقبض على شخص وحبسه دون أن يستصدر لذلك أمرا من النيابة العامة.

جـ- أن يثبت الموظف أنه كان يعتقد أن الأمر الصادر إليه أمر مشروع وأنه راعى في تنفيذه جانب الحيطة. وتظهر أهمية هذا الشرط عندما يكون الأمر

الصادر إلى الموظف العام فى الواقع أمر لا تجب طاعته وقام الموظف بتنفيذه وسبب ضررا للغير فى هذه الحالة يكون الموظف مخطئا مسئولا عما سبب للغير من ضرر ما لم يثبت طبقا للمادة ١٦٧ مدنى، بأنه كان يعتقد أن ما نفذه من أمر الرئيس كان واجب الطاعة لدخوله فى اختصاصه وفى حدود سلطته ولعدم مخالفته للقانون وأنه لم يتسرع فى تكوين هذا الاعتقاد بل تثبت وتحرى وبنى اعتقاده على أسباب معقولة فى هذه الحالة تنتفى مسئوليته.

المطلب الثانى

الإدراك أو التمييز

سبق أن رأينا أنه لكي تقوم مسئولية الشخص فإنه يجب أن ينحرف عن السلوك الواجب مع إدراكه لهذا الانحراف. وقد وقفنا على المقصود بالانحراف عن السلوك الواجب في المطلب السابق، والآن يجب أن نعرض لإدراك الشخص لهذا الانحراف.

ولذلك فقد نصت المادة ١٦٤/ ١ مدني على أن "يكون الشخص مسئولا عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز".

فطبقا لهذا النص لا يكفي لاعتبار الشخص مخطئا أن يحصل منه انحراف في سلوكه عن سلوك الرجل العادى بل لابد فوق ذلك من أن يدرك هذا الانحراف حتى يكون من الممكن أن يلام ذلك الشخص على هذا الانحراف. وهذا الإدراك لا يتسنى إلا إذا كان ذلك الشخص مميزا. ولم يتطلب المشرع سن الرشد لإمكان اعتبار الشخص مخطئا خطأ تقصيريا بل اكتفى بمجرد التمييز. وعلى ذلك إذا لم يكن الشخص مميزا فإنه لا يعد – من حيث المبدأ – مخطئا وبالتالى لا يسأل مسئولية تقصيرية.

ولدراسة الإدراك باعتباره الركن الثانى من أركان الخطأ يجب أن نعرض له لدى الشخص الطبيعي، ثم نبحث مدى توافره لدى الشخص المعنوى.

أولا: الشخص الطبيعي:

وهنا نعرض لأسباب انعدام التمييز، ثم ندرس بعد ذلك لمدى مسئولية عديم التمييز.

١ - أسباب انعدام التمييز:

يرجع انعدام التمييز بصفة أصلية، في القانون المصرى، إلى صغر السن. فإذا زال الصغر واكتمل التمييز، كان من الممكن أن يتعرض هذا التمييز

بالانعدام لأسباب عارضة طويلة الأمد كالأمراض العقلية أو لأسباب عارضة وقتية كالسكر وتعاطى المخدرات والتنويم المغناطيسى وغير ذلك.

أ ـ صغر السن:

يعتبر الصبى غير مميز إذا كان دون السابعة. فقد نصت المادة ٤٥٤/ ٢ مدنى مصرى على أن "كل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقد التمييز" فيستفاد من هذا النص بطريق مفهوم المخالفة أنه أنشأ قرينة قانونية على توافر التمييز ابتداء من سن السابعة ولكنها قرينة قابلة لإثبات العكس.

ويشترط لقيام المسئولية التقصيرية أن يكون الشخص مميزا (م ١٦٤ مدنى) وفى فرنسا لم ينص التقنين المدنى على ذلك في باب المسئولية التقصيرية فكان ذلك سببا في اختلاف الفقهاء على مسئولية الصغير غير المميز عن أفعاله الضارة. لكن الرأى الراجح فقها وقضاء كان انعدام مسئوليته" وقد كان اتجاه الفقه والقضاء إلى التضييق في أحوال عدم المسئولية لانعدام التمييز. (١)

وقد تدخل المشرع الفرنسى بعد ذلك وأضاف بالقانون الصادر في ٣ يوليو ١٩٦٨ إلى التقنين المدنى الفرنسى نصا جديدا في باب البلوغ والبالغين الذين يحميهم القانون لا في باب الجرائم وأشباه الجرائم، هو نص المادة ٤٨٩ ثانيا قرر فيه أن "كل من يتسبب في إحداث ضرر بالغير وهو في حالة اضطراب عقلى يكون ملزما بتعويض هذا الضرر". وقد اختلف الفقهاء حول نطاق تطبيق هذا النص، فمنهم من قصر تطبيقه على البالغين الذين يحدثون ضررا بالغير حال إصابتهم باضطراب عقلى، ومنهم وهذا هو الرأى الراجح من أطلق تطبيقه وجعله يسرى على فاقدى التمييز بسبب صغر السن". (٢)

أما بالنسبة لذى الغفلة والسفيه ولو كانوا محجورين فيمكن مساءلتهم وكذلك الأعمى والأبكم والأصم والشخص الذى لديه عجز جسمانى شديد وذلك لتوافر شرط التمييز في كل هؤلاء.

---

(١) انظر Ph. Malaurie. L. Aynès, op. Cit. No 23 p. 29.
(٢) Ibid, no 23 p. 30.

ب- الجنون:

والجنون عاهة تذهب العقل وتفقد الشخص التمييز. والجنون قد يكون مستمرا وقد يكون متقطعا بحيث تنتاب الشخص فترات يفقد فيها التمييز تتخللها فترات إفاقة.

وبالنسبة لمسئولية المجنون فالأمر يتوقف على نوع الجنون هل مستمر أم أنه متقطع؟ فإذا كان الجنون متقطعا فالعبرة بحالة الشخص وقت ارتكاب الفعل الضار، فإن كان في حالة إفاقة فحكمه حكم العاقل المميز وإلا فيأخذ حكم عديم التمييز.

أما بالنسبة للمعتوه فإذا كان العته كاملا فإن الشخص يكون عديم التمييز ولا يجوز مساءلته. أما إذا كان المعتوه مميزا فيجوز مساءلته حتى ولو كان محجورا عليه وذلك لتوافر ركن الإدراك فيه.

وإذا كان انعدام المسئولية يرجع إلى انعدام التمييز بسبب عارض قابل للزوال، كالمنوم تنويما مغناطيسيا والمصاب بمرض النوم والمدمن على السكر أو المخدرات. الخ فإنه يشترط ألا يكون انعدام التمييز راجعا إلى خطأ الشخص نفسه كأن يثبت علمه بسبب فقده للتمييز. فإذا ثبت أن فقد التمييز لسكر أو لمخدر أنه كان يعلم أن السكر يفقده التمييز فإنه يكون مسئولا.

٢-مدى مسئولية عديم التمييز:

تنص المادة ١٦٤/ ٢مدني على أنه "مع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مراعيا في ذلك مركز الخصوم".

هذا النص يقرر مسئولية عديم التمييز في حالات معينة – هذه المسئولية تتسم بأنها استثنائية – احتياطية، جوازية ومخففة".

- فهي مسئولية استثنائية لأنها مقرر خلافا للأصل المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة ١٦٤ مدني ذاتها. كما أن هذه المسئولية لا تقوم على

الخطأ في جانبه لانتفاء ركن الإدراك. وهذا استثناءا على قاعدة أنه لا مسئولية بدون خطأ وأن عديم التمييز لا يسأل.

- وهى مسئولية احتياطية لأنها لا يمكن الالتجاء إليها إلا إذا لم يوجد شخص مسئول عن عديم التمييز أو وجد وانتفت مسئوليته أو تعذر الحصول منه على تعويض لإعساره.

- وهى مسئولية جوازية بمعنى أن أمرها متروك للقاضى، فله أن يحكم بها إذا كانت ظروف عديم التمييز المالية تسمح بذلك، وله أن لا يقضى بها إذا رأى خلاف ذلك.

- وهى مسئولية مخففة، لا يستلزم قيامها الحكم على عديم التمييز بتعويض كامل، وإنما يقدر القاضى التعويض الذى يراه عادلا، مراعيا في ذلك مركز الخصوم من الغنى والفقر، فإذا كان عديم التمييز ذا يسار كبير والمضرور ليس كذلك والضرر جسيما، جاز للقاضى إلزام عديم التمييز بالتعويض الكامل الذى يجبر الضرر كله. وهو يقضى ببعض التعويض إذا كان عديم التمييز ميسر العيش من غير وفر وكان المضرور في حاجة إلى التعويض. وقد لا يقضى القاضى بتعويض أصلا إذا كان عديم التمييز فقيرا لا مال عنده وكان المضرور ذا يسار.

وفى فرنسا لم يرد أى قيد على مسئولية المجنون المدنية طبقا لما قرره المشرع الفرنسى في المادة ٤٨٩/ ٢ المضافة إلى التقنين المدنى بقانون ٣ يناير ١٩٦٨.[1]

ثانيا: الشخص المعنوى:

المبدأ المستقر عليه فقها وقضاء وهو جواز مساءلة الشخص المعنوى عن الأخطاء التى يرتكبها ممثلوه عند القيام بإدارة شئونه. فالمسئولية المدنية لا تستتبع سوى الالتزام بتعويض الضرر الذى أصاب المضرور وهو التزام مالى يمكن أن تتحمله ذمة الشخص المعنوى كما يمكن أن تتحمله ذمة الشخص

---

(1) انظر فى صعوبات تطبيق هذا النص
Ph. Malaurie. L. Aynès, op. Cit. No 24 p. 30 et 31.

الطبيعى فإذا فصل مدير شركة عاملا في وقت غير لائق تكون الشركة مسئولية عن هذا الفصل. إذا دهس سائق القطار أحد المارة بإهماله فإن مصلحة السكك الحديدية تكون مسئولة عن إهمال السائق.

في الحالات التى تتوافر فيها في الشخص المعنوى شروط مسئولية المتبوع عن فعل تابعه فيسأل الشخص المعنوى وممثله بالتضامن عن دفع مبلغ التعويض- لكن ليس هناك ما يمنع من أن ينسب الفعل الضار بالغير إلى الشخص المعنوى ذاته كما لو أن شركة قامت بمنافسة تجارية غير شريفة فإنها تكون مسئولة عن عمل شخصى[1]، وفى هذه الحالة يقتصر على ركن التعدى في الخطأ دون ركن التمييز.

المبحث الثانى

أفعال الغير

الأصل أن الشخص لا يسأل إلا عن خطئه فلا يسأل عن خطأ غيره (م ١٦٣ مدنى).

لكى أورد المشرع استثنائين على هذا المبدأ نصت عليهما المادة ١٧٣، ١٧٤ مدنى.

فتنص المادة ١٧٣ مدنى على أن "كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزما بتعويض الضرر الذى يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع. ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز".

وتنص المادة ١٧٤/ مدنى على أن "يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها".

---

(١) قارن نقض ١٩٥٩/٦/٢٥ س ١٠ص ٥٠٥.

والقاسم المشترك بين هذه الحالات أن الغير هو الذى يرتكب العمل غير المشروع (أو الفعل الضار) ومع ذلك يسأل عن ذلك شخص آخر هو متولى الرقابة أو المتبوع. فالمضرور يرجع بالتعويض على شخص آخر غير مرتكب العمل غير المشروع (أو الفعل الضار).

في الواقع أن أصدق صورة للمسئولية عن عمل الغير هى مسئولية المتبوع عن أعمال التابع حيث أن المتبوع يسأل ولو لم يقع منه أى خطأ. أما مسئولية متولى الرقابة فإنها تقوم على الإهمال في الرقابة. لكن هذا الإهمال في الرقابة ليس هو السبب الأخير في إحداث الضرر، فالسبب الأخير هو فعل من هو تحت الرقابة. غير أنه يبقى هذا الإهمال في الرقابة من بين الأسباب التى أسهمت في هذا الضرر بحيث لولا هذا الإهمال لما وقع هذا الضرر. ولذلك تكون مسئولية متولى الرقابة مسئولية شخصية كل ما هنالك أن المشرع أعفى المضرور من عبء إثبات الخطأ بافتراض وقوعه من متولى الرقابة وهذا الافتراض قابل لإثبات العكس.

وكما هو واضح فإن مسئولية الشخص عن عمل الغير لا تستبعد مسئولية هذا الغير. ولذلك يكون أمام المضرور مسئولان المسئول عن عمل الغير والغير الذى ارتكب الفعل غير المشروع أو الفعل الضار. ويترتب على ذلك أن يكون المسئول عن عمل الغير حق الرجوع على ذلك الغير. كما أن المسئولية عن عمل الغير قاصرة فقط على إصلاح الضرر عن طريق دفع مبلغ التعويض دون أن تمتد إلى المسئولية الجنائية التى يحكمها مبدأ شخصية العقوبة.

المطلب الأول

مسئولية متولى الرقابة عمن هم في رقابته

وهنا سنعرض لعناصر المسئولية ثم بعد ذلك نعرض لدفع المسئولية.

أولا: عناصر المسئولية

لكى تقوم مسئولية متولى الرقابة لابد أن يتوافر عنصران:

١- أن يتولى شخص الرقابة على شخص آخر.

٢- أن يصدر عمل غير المشروع ممن هو تحت الرقابة.

١- تولى الرقابة:

ولنقف على هذا العنصر يجب أن نعرض لمن عليه واجب الرقابة، ثم نعرض لمن يكون في حاجة إلى الرقابة.

(أ) من عليه واجب الرقابة:

يشترط لقيام هذه المسئولية أن يكون هناك التزام على شخص يتولى الرقابة على شخص آخر. وعلى ذلك فإن القانون لم يحصر الأشخاص الذين يقع عليهم واجب الرقابة وإنما اكتفى بذكر المصادر التى ينشأ عنها التزام بالرقابة فنصت المادة ١٧٣/ ١ مدنى على أن "كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة".

وعلى ذلك فإن الالتزام بالرقابة قد يكون مصدره القانون، كالأب يتولى رقابة إبنه، أو الاتفاق، كمدير لمستشفى خاص للأمراض العقلية يتولى الرقابة على مرضاه، وبناء على ذلك فإن مجرد الرقابة الفعلية لا تكفى لقيام هذه المسئولية.

(ب) من يكون في حاجة إلى الرقابة:

لم يحدد القانون الأشخاص الذين يكونون في حاجة إلى رقابة واكتفى بالنص على أن الحاجة إلى الرقابة مرجعها أما حالة القصر أو حالة العقلية أو الجسمية. وعلى ذلك فإنه لا يكون هناك حاجة إلى الرقابة إذا لم يقم سبب من هذه

الأسباب، وبالتالى لا تقوم المسئولية إذا قامت الرقابة لسبب آخر غير هذه الأسباب - فالمسجون ليس في حاجة إلى رقابة السجان وبالتالى ليس على السجان التزام الرقابة.

وعلى ضوء هذا النص يمكن أن نعرض باختصار لأسباب الحاجة إلى الرقابة:

(أولاً) القاصر: وقد ذكر نص المادة ١٧٣/ ١ من بين أسباب الحاجة إلى الرقابة القصر، ثم خصص الفقرة الثانية من المادة ١٧٣ لتبين متى يكون القاصر في حاجة إلى الرقابة، ولمن تكون هذه الرقابة فنصت على أن "يعتبر القاصر في حاجة إلى الرقاية إذا لم يبلغ خمس عشر سنة، أو بلغها وكان في كنف القائم على تربيته، وتنتقل الرقابة على القاصر إلى معلمه في المدرسة أو المشرف في الحرفة ما دام تحت إشراف المعلم أو المشرف وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر إلى زوجها أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج".

وعلى ضوء هذا النص نعرض لمراحل الرقابة على القاصر، ثم بعد ذلك نعرض القاصر بين مرحلتين:

- مراحل الرقابة على القاصر: يجب أن نفرق فيما يتعلق بالرقابة على القاصر بين مرحلتين:

المرحلة الأولى: ما قبل بلوغ القاصر لسن الخامسة عشر سنة، في هذه المرحلة يعتبر القاصر في حاجة إلى الرقابة إطلاقاً. ويتولى الأب عادة الرقابة على القاصر في هذه السن فإذا لم يوجد الأب تولى الرقابة القائم على تربية الولد، ويكون عادة ولى النفس من جد أو عم أو غيرهما. وقد تنتقل تربيته إلى الأم ولو بطريقة الاتفاق الضمنى.

المرحلة الثانية: ما بعد بلوغ القاصر لسن الخامسة عشرة سنة، وفى هذه المرحلة لتحديد من يجب عليه الرقابة يجب أن نفرق بين فرضين:

الفرض الأول: أن يستقل الولد في معيشته ويكسب عيشه بنفسه، وسواء كان مساكناً لمتولى الرقابة أو غير مساكن، بالجملة يتحرر القاصر من قيود

التربية والرقابة. في هذا الفرض لا يكون أحد مسئولا عنه لانقضاء الالتزام بالرقابة.

الفرض الثاني: أن يبقى الولد بعد بلوغه هذه السن في كنف من يقف على تربيته وسواء كان مساكنا له أو غير مساكن في هذا الفرض يبقى الالتزام بالرقابة قائما حتى بلوغ القاصر سن الرشد أو إلى أن ينفصل في معيشة مستقلة فلا يعود يعيش في كنف أحد ويتحرر من قيود الرقابة أيهما أقرب، وبعد بلوغ القاصر سن الرشد متمتعا بكامل قواه العقلية ينقضي الالتزام بالرقابة ولم يعد أحد يسأل عن عمله وإنما يسأل عن نفسه حتى ولو استمر في العيش في كنف غيره.

انتقال الرقابة:

ينص القانون على الرقابة على القاصر تنتقل إلى معلمه في المدرسة أو المشرف في الحرفة ما دام القاصر تحت إشراف المعلم أو المشرف (م ١٧٣/ ٢ مدني) فالرقابة هنا موقوته بالفترة التي يكون فيها القاصر في المدرسة[١] أو عند رب الحرفة فإذا انقضت هذه الفترة وعاد إلى القائمين على تربيته عادت الرقابة إلى هؤلاء وعلى ذلك فإن الولد ما دام في مرحلة التربية يكون دائما تحت الرقابة، وتنتقل الرقابة عليه من شخص إلى آخر بحسب الأحوال".

وإذا كان القاصر بنتا فإنها تخضع للقواعد السابقة كالابن سواء بسواء لكن قد يحدث أن تتزوج البنت قبل بلوغها سن الرشد، حيث أن أهلية الزواج بالنسبة لها ١٦ سنة، حينئذ تنتقل الرقابة عليها ممن كان قائما على تربيتها إلى زوجها إذا كان بالغا أو إلى من يتولى الرقابة عليه إذا كان قاصرا أو كان لديه أي سبب آخر من أسباب الرقابة.

(ثانيا) الحالة العقلية أو الجسمية:

قد يبلغ الشخص سن الرشد ومع ذلك يعرض له عارض ينتقص من تمييزه أو يعدمه كالسفه والغفلة والعته والجنون وعندئذ يعود ذلك الشخص في

---

(١) نقض ١٩٧٢/٦/٨ س ٢٣ ص ١٠٧٥، ١٩٨٠/٦/١٠ س ٣١ ص ١٧٣٦

حاجة إلى الرقابة ويتولى الرقابة من تجب عليه الرقابة قانونا كولى النفس أو اتفاقا كطبيب المستشفى.

كذلك قد يصاب الشخص البالغ سن الرشد بمرض كالشلل أو الصرع أو فقد البصر، فيجعله في حاجة إلى الرقابة. ويتولى الرقابة الشخص الذى يتولى الإشراف على شئونه الشخصية. وتكون هذه الرقابة بالاتفاق ويكون متولى الرقابة مسئولا عن العمل غير المشروع الذى يصدر من ذلك الشخص.

٢- صدور عمل غير مشروع أو عمل ضار ممن هو تحت الرقابة:

لكى تتحقق مسئولية متولى الرقابة يجب أن تتحقق أولا مسئولية الخاضع للرقابة سواء على أساس خطأ واجب الإثبات أو على أساس خطأ مفروض. وهنا يجب التمييز بين ما إذا كان الخاضع للرقابة مميزا أو غير مميز.

(أ) إذا كان الخاضع للرقابة مميز تقوم مسئولية متولى الرقابة إذا ارتكب الخاضع للرقابة عملا غير مشروع في هذا الفرض يجب أن تقوم المسئولية التقصيرية للخاضع للرقابة أولا حتى تقوم مسئولية متولى الرقابة. وتقوم مسئولية الخاضع للرقابة لارتكابه عمل غير مشروع. وفى هذه الحالة يجب أن يثبت المضرور الخطأ في جانب الشخص الخاضع للرقابة طبقا للقواعد العامة. لكن قد تتحقق مسئولية الخاضع للرقابة عن طريق الخطأ المفروض. كما لو كان القاصر يقود سيارة فصدم أحد المارة عندئذ يكون القاصر مسئولا على أساس الخطأ المفروض فرضا لا يقبل أثبات العكس عن الشيء الذى في حراسته وهى السيارة وهنا نجد أن المسئول الأصلى هو الخاضع للرقابة لأنه مميز ثم بعد ذلك تقوم مسئولية متولى الرقابة بصفة تبعية. ويكون أمام المضرور مسئولان: مسئول أصلى وهو الخاضع للرقابة الذى وقع منه العمل غير المشروع، ومسئول تبعى هو متولى الرقابة. ويختار المضرور أيهما يشاء. لكن الغالب أن يرجع المضرور على متولى الرقابة إذ يكون هو المليء عادة ويكون لمتولى الرقابة في هذه الحالة أن يرجع بعد ذلك على الخاضع للرقابة للمطالبة بما دفعه من تعويض.

(ب) إذا كان الخاضع لرقابة غير مميز ويصدر منه عمل ضار بالغير فتقوم مسئولية متولى الرقابة كمسئولية أصلية. في هذا الفرض لا يمكن أن

يوصف العمل الذى يصدر من الخاضع للرقابة بأنه عمل غير مشروع لأنه لا تثبت للعمل هذه الصفة إلا إذا توافر فيه الركنان المادى (التعدى أو الانحراف) والمعنوى وهو الإدراك أو التمييز والفرض أن الخاضع للرقابة غير مميز.

ولذلك نجد أن المادة ١٧٣/ ١ مدنى فى نهايتها تنص على أن "... ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز" فاستعمل النص اصطلاح العمل الضار بدلا من اصطلاح العمل غير المشروع للدلالة على اكتفاء المشرع في هذا الفرض بركن التعدى في فعل الخاضع للرقابة.

وهنا نجد أنه لا يكون أمام المضرور سوى مسئول واحد وهو متولى الرقابة. ولا يرجع المضرور على الخاضع للرقابة غير المميز إلا إذا انتفت مسئولية متولى الرقابة لانتفاء الخطأ أو لانعدام صلة السببية وفى الحدود السابق بيانها. كما أنه ليس لمتولى الرقابة أن يرجع على الخاضع للرقابة بالتعويض الذى دفعه.

وكما هو واضح فإن مسئولية متولى هذه الرقابة في هذا الفرض تعتبر مسئولية شخصية أى مسئولية أصلية أساسها الخطأ الشخصى المفترض.

ثانيا: دفع المسئولية

- مسئولية متولى الرقابة تقوم على خطأ مفترض:

- أساس مسئولية متولى الرقابة هو الخطأ المفترض في جانبه إذ يفترض القانون أن متولى الرقابة قد أهمل في رقابة الشخص الذى تجب عليه رقابته وهو افتراض يقبل إثبات العكس(1). فإذا ارتكب القاصر عملا غير مشروع يفترض القانون أن الأب قد أهمل في رقابته وأن هذا الإهمال قد أدى إلى وقوع ذلك العمل غير المشروع أى أن القانون قد افترض الخطأ في جانب متولى الرقابة.

- وافتراض الخطأ قرره القانون لصالح المضرور في مواجهة متولى الرقابة فقط ولذلك لا يجوز للمضرور او متولى الرقابة الاحتجاج به قبل الخاضع

(1) نقض ١٩٨٠/٦/١٠ س ٣١ ص ١٧٣٦

للرقابة، بل يجب للرجوع عليه إثبات خطأ في جانبه، ما لم يقم في جانبه خطأ مفترض من نوع آخر.

- ويكون لمتولى الرقابة أن يدفع هذه المسئولية أما بنفى الخطأ في جانبه، وإما بنفى علاقة السببية بين هذا الخطأ المفترض والضرر الذى لحق المضرور.

١- دفع المسئولية بنفى الخطأ المفترض:

سبق أن رأينا أن مسئولية متولى الرقابة تقوم على قرينة الخطأ، إذ افترض القانون أن متولى الرقابة قد أهمل في رقابة الشخص الذى تجب عليه رقابته. هذا الافتراض ليس قاطعا وإنما افتراض بسيط يقبل إثبات العكس. يستطيع متولى الرقابة إذن أن يتخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة بما ينبغى من العناية وأنه اتخذ الاحتياطات المعقولة ليحول دون إضرار الخاضع للرقابة بالغير. وإن كان مكلفا بتربية الخاضع للرقابة يثبت أنه لم يقصر في واجب التربية وحسن التهذيب(1). وفى هذا تنص المادة ١٧٣ مدنى مصرى على أن "يستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة ...".

٢- دفع المسئولية بنفى علاقة السببية:

إذا كان القانون أقام مسئولية متولى الرقابة على الخطأ المفترض، فإنه قد افترض أيضا علاقة السببية بين الخطأ المفترض والضرر. افتراض علاقة السببية نتيجة منطقية لافتراض الخطأ لأن القانون لو كان أعفى المضرور من إثبات الخطأ وكلفه بإثبات علاقة السببية لاضطر وهو بسبيل إثبات علاقة السببية بين الخطأ والضرر أن يثبت الخطأ، وبذلك يكون افتراض الخطأ لا وجود له في الواقع".

---

(١) السنهورى، الوسيط، جـ ١ فقرة ٦٧٢، ص ١١٣٨ سليمان مرقس، الفعل الضار، فقرة ١٢٠ نقض ١٩٦٩/١٢/٢٣ س ٢٠ ص ١٣٠٣، ١٩٧٧/١٢/١٥ س ٢٨ ص ١٨١٥.

وافتراض علاقة السببية بين الخطأ والضرر افتراض ليس قاطعا وإنما افتراض بسيط يقبل أيضا إثبات العكس. فإذا أثبت متولى الرقابة أن الضرر كان لابد واقعا حتى ولو قام بواجب الرقابة بما ينبغى له من حرص وعناية[1]، كأن يثبت مثلا أن العمل غير المشروع قد وقع فجأة بحيث لم يكن هناك من سبيل لمنعه[2] "أو يثبت انقطاع الصلة بين خطئه المفترض والضرر الذى أصاب المضرور حيث أن وقوع هذا الضرر، بالنسبة لمتولى الرقابة، كان بسبب أجنبى كالقوة القاهرة أو فعل الغير أو فعل المضرور نفسه.

وقد نصت المادة ١٧٣/ ٣ مدنى على هذه الأحكام بأنه "يستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لابد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغى من العناية".

---

(١) نقض ١٩٧٥/٣/١١ س ٢٦ ص ٥٤٠، نقض ١٩٦٧/١/١٩ س ١٨ ص ١٣٧.
(٢) نقض ١٩٨٠/٦/١٠ س ٣١ ص ١٧٣٦.

المطلب الثانى

مسئولية المتبوع عن أعمال التابع

تنص المادة ١٧٤ مدنى مصرى على أنه "يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها" "وتقوم رابطة التبعية" ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه، متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته وفى توجيهه".

وتعتبر مسئولية المتبوع عن أعمال التابع أصدق صورة لمسئولية الشخص عن عمل الغير. لكى تقوم مسئولية المتبوع ينبغى أن تقوم مسئولية التابع أولا وهنا يلزم القانون المتبوع بأن يصلح ضررا لم يسهم في إحداثه أى إسهام. وهذه المسئولية تعتبر استثناء على القواعد العامة في المسئولية وهى مقررة لمصلحة المضرور. في الواقع عبء هذه المسئولية يقع في النهاية، من الناحية النظرية، على عاتق التابع حيث أن المتبوع سيرجع عليه بما دفعه من تعويض للمضرور، لكن في الغالب لا يكون هذا الرجوع مجد لعدم ملاءة التابع.

وهنا سندرس عناصر المسئولية، ثم نعرض بعد ذلك لأساس المسئولية.

أولاً: عناصر المسئولية

لكى تقوم مسئولية المتبوع عن أعمال التابع يجب أن يتوافر عنصران، الأول قيام علاقة تبعية، الثانى، وقوع خطأ من التابع في حالة تأدية وظيفته أو بسببها.

١- قيام علاقة تبعية

جوهر علاقة التبعية سلطة المتبوع الفعلية في الرقابة والتوجيه:

وقد نصت المادة ١٧٤/ ٢ مدنى مصرى على أن "تقوم رابطة التبعية، لو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه، متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه".

- وللكشف عن حقيقة السلطة الفعلية يجب أن نحدد عدة شروط استبعادية وهى ما يلى:

١- لا يشترط لتوافر علاقة التبعية وجود عقد بين المتبوع والتابع. لأن العبرة بوجود السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه[١]. وإذا كانت هذه السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه تكفى لقيام علاقة التبعية إلا أنه يوجد هذا العقد في كثير من الأحوال، كما هو الشأن بالنسبة إلى العامل والخادمة والطاهى والسائق والمستخدم والموظف. وكذلك بطلان العقد بين المتبوع والتابع لا يحول دون قيام علاقة التبعية حيث العبرة بالسلطة الفعلية. كما أن هذه العلاقة تقوم سواء إستعمل المتبوع هذه السلطة أو لم يستعملها طالما أنه كان في استطاعته إستعمالها[٢].

٢- لا يشترط لتوافر علاقة التبعية أن يكون المتبوع حرا في اختيار التابع[٣]. فتقوم علاقة التبعية حتى ولو كان التابع مفروضا على المتبوع، مثال المرشد الذى يفرض على السفينة عند دخولها الميناء، وموظفى المجالس المحلية والبلدية الذين تعينهم الحكومة تسأل عنهم هذه المجالس وإن لم تكن لها يد في اختيارهم".

٣- لا يشترط أن يتقاضى التابع أجرا عن عمله حتى تقوم علاقة التبعية، يستوى أن يعمل التابع بأجر أو بدون أجر، وإذا كان يعمل بأجر فأيا كان الأجر وأيا كان نوع العمل.

٤- ولا يشترط لقيام علاقة التبعية أن يباشر المتبوع على التابع حق الرقابة والتوجيه من الناحية الفنية بل يكفى أن يباشر هذه الرقابة والتوجيه من الناحية الإدارية فصاحب المستشفى ولو لم يكن هن نفسه طبيبا يعتبر متبوعا

---

(١) نقض ١٩٦٣/٤/٢٦ س ١٣ ع ٢ ق ٨١ ص ٥٤٣، ١٩٦٧/١١/٧ س ١٨ ص ١٦١٤، ويكون للمتبوع سلطة فعلية في إصدار الأوامر إلى التابع فى طريقة أداء عمله وفى الرقابة عليه في تنفيذ هذه الأوامر ومحاسبته على الخروج عليها نقض ١٩٧٧/١١/١ س ٢٨ ص ١٥٩٢ ١٩٧٩/٥/٣١ س ٣٠ ع ٢ ص ٤٩٦، ١٩٨٢/٢/١٠ س ٣٣ ص ٧٠٧، ١٩٨٨/٣/١٠ الطعن ١٧٣٩ لسنة ٥٤ ق، ١٩٩٠/١٢/٢٣ الطعن ٥٠١ لسنة ٥٧ ق، ١٩٩٥/٢/١٩ س ٤٦ ص ٤٢٠.

(٢) نقض ١٩٧٧/١/٣١ س ٢٨ ص ٣٢٢.

(٣) نقض ١٩٨٤/١/١ س ٣٥ ص ١٠٢.

بالنسبة، إلى الأطباء الذين يعملون في المستشفى لحسابه، وصاحب السيارة ولو كان يجهل القيادة يعتبر متبوعا للسائق".

- يلزم أن تنصب السلطة الفعلية على الرقابة والتوجيه في عمل معين لحساب المتبوع. وعلى ذلك يجب أن يكون المتبوع سلطة توجيه التابع في عمل معين يتم لحسابه وذلك بإصدار الأوامر له، وتكون له سلطة رقابة تنفيذ هذه الأوامر [١].

وعلى ذلك إذا كانت الرقابة عامة لا تتناول عملا معينا، كرقابة الأب لإبنه فإنه لا تتوافر علاقة التبعية، كما أنه إذا كانت الرقابة والتوجيه في عمل معين لا يكون لحساب المتبوع فإنه لا تتوافر علاقة التبعية مثال ذلك المشرف في الحرفة يكون له الرقابة والتوجيه في عمل معين لكن الصبية يتدربون على هذا العمل لحساب أنفسهم ولذلك لا يعتبرون تابعين له.

- مجمل القول أن علاقة التبعية تدور وجودا وعدما مع السلطة الفعلية التى تنصب على الرقابة والتوجيه. فحيث توجد سلطة فعلية في الرقابة والتوجيه توجد علاقة التبعية، فيعتبر تابعا العامل والخادم والطاهى والسائق والمستخدم والموظف والوكيل إذا كان خاضعا لرقابة موكله وتوجيهه في العمل الذى عهد إليه به، والبواب يعتبر تابعا لمالك العمارة ولا يعتبر تابعا للسكان، وحيث تنعدم السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه انعدمت معها علاقة التبعية، فلا يعتبر تابعا كل من الطبيب الذى يعمل لحسابه الخاص في مستشفى، وأعضاء الجمعية، والشركاء في الشركة، وسائق التاكسى بالنسبة للراكب.

- وتطبيقا لذلك إذا أعار المتبوع تابعه لشخص أخر فتحديد أى من المتبوعين مسئولا عن أعمال ذلك التابع يتوقف على تحديد من له السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه، فإذا كان المعير قد استبقاها فإنه يبقى متبوعا ويسأل عن أفعال التابع، وإذا انتقلت إلى المستعير كان هذا هو المتبوع ويسأل عن أفعال التابع [٢].

---

(١) انظر أحكام محكمة النقض السابق الإشارة إليها في هامش ص ٤١٣.

(٢) انظر في ذلك نقض ١٩٨٢/١١/٢٨ س ٣٣ ص ١٠٦٥.

علاقة التبعية بين المتبوع وتابع التابع:

- قوام علاقة المتبوع بالتابع هو ما للمتبوع على التابع من سلطة فعلية في توجيهه ورقابته ويكفى لتحقيقها أن يقوم بها تابع آخر نيابة عنه ولحسابه، ومن ثم تقوم مسئولية المتبوع[1] مثال ذلك أن يقوم أحد الضباط بالقوات المسلحة بتكليف أحد مرؤسيه بإصلاح سيارته الخاصة أثناء وجوده بمقر العمل فإذا ارتكب هذا الأخير حادث بالطريق فأن وزير الحربية يكون مسئولاً عن الضرر الناجم عن هذا الحادث باعتباره متبوعاً[2].

- وقاضى الموضوع يستقل في استخلاص علاقة التبعية، إلا أنه يتعين أن يركن في ذلك إلى أسباب سائغة لها أصل ثابت في الأوراق[3].

- مسئولية المتبوع تتحقق ولو لم يعين تابعه الذى وقع منه الفعل غير المشروع إذ يكفى في مساءلة المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة أن يثبت أن الحادث قد نتج عن خطأ التابع ولو تعذر تعيينه من بين تابعين[4].

٢ ـ وقوع خطأ من التابع حال تأدية وظيفته أو بسببها

لكى تقوم مسئولية المتبوع فإنه يجب أن يتحقق مسئولية التابع، فإذا لم يكن التابع مسئولاً لا تقوم مسئولية المتبوع. فإذا قامت مسئولية التابع، سواء على أساس خطأ واجب الإثبات أو خطأ مفترض، قامت مسئولية المتبوع[5].

كما يجب أن يكون التابع قد ارتكب الخطأ في أثناء تأدية وظيفته أو بسبب وظيفته. وعلى ذلك نجد أن المتبوع لا يسأل عن كل خطأ يأتيه تابعه، وإنما يسأل فقط على الأخطاء التى يرتكبها تابعه في أثناء تأدية وظيفته أو بسبب هذه الوظيفة. وكل هذا نتيجة طبيعية لقيام علاقة التبعية بين المتبوع والتابع والتى جوهرها السلطة الفعلية في الرقابة وفى التوجيه حيث أن هذه السلطة لا تتوافر إلا

---

(١) نقض ١٩٨٠/٦/٢٥ س ٣١ ص ١٨٦٤.
(٢) نقض ١٩٧٩/٥/٣١ الطعن ١٠٢ لسنة ٤٦ ق.
(٣) نقض ١٩٩٠/١٢/١٣ الطعن ٥٠١ لسنة ٥٧ ق.
(٤) نقض ١٩٧٩/١٢/٦ س ٣٠ ع٣ ص ١٨١، ١٩٨١/١/١١ س ٣٢ ص ١٧٠
(٥) نقض ١٩٦٤/١١/١٢ س ١٥ ع٣ ص ١٠٢٢

في أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها، ولنعرض الآن للفروض التي يمكن أن تعرض في الحياة العملية على النحو التالي:

أ- الخطأ في أثناء تأدية الوظيفة:

ويعتبر الخطأ واقعاً من التابع في أثناء تأدية وظيفته إذا ارتكبه وهو يؤدى عملاً من أعمال وظيفته[1]. مثال ذلك إلقاء الخادم الذى يقوم بأعمال النظافة في منزل مخدومه بجسم صلب في الطريق العام فيصيب أحد المارة، عندئذ يعتبر المخدوم مسئولاً عن خطأ الخادم لوقوعه أثناء تأدية وظيفته، والممرض الذى يعمل في خدمة مستشفى، فيخطئ ويعطى للمريض دواء على سبيل الخطأ يؤدى إلى وفاة المريض.

ب- الخطأ بسبب الوظيفة:

وتكون الوظيفة هى السبب في ارتكاب الخطأ إذا تبين أن التابع ما كان يستطيع ارتكاب الخطأ، أو ما كان يفكر في ارتكابه، لولا الوظيفة، فالخطأ بسبب الوظيفة يتحقق بإحدى صورتين: **الأولى:** أن تكون الوظيفة ضرورية لإمكان ارتكاب الخطأ بحيث لولا الوظيفة لم يكن يستطيع التابع ارتكاب الخطأ، مثال ذلك ترصد فراش لناظر المدرسة التى يعمل فيها لقتله لاعتقاده أن يضطهده، وعند توجه الناظر لركوب سيارته اقترب الفراش من السيارة فتظاهر أنه يفتح له بابها بصفته رئيساً له، وقتله بسكين أعدها لهذا الغرض. في هذا المثال لولا الوظيفة لما استطاع الفراش من الاقتراب من الناظر وقتله بسكين أعدها لهذا الغرض. ولذلك قضى بمسئولية وزارة المعارف باعتبارها متبوعاً لهذا الفراش. **والثانية:** أن تكون الوظيفة داعية إلى التفكير في ارتكاب الخطأ بحيث لولا الوظيفة لم يكن التابع ليفكر في ارتكاب الخطأ، مثال ذلك حالة ما إذا رأى الخادم سيده يتشاجر مع آخر فبادر إلى مساعدته وضرب الشخص الآخر ضرباً أفضى إلى موته، يعتبر السيد هنا مسئولاً عن فعل تابعه، وذلك لأن التابع ارتكب الخطأ بسبب وظيفته فلولا أنه خادم عند سيده لما فكر في ضرب المعتدى على سيده.

---

(١) نقض ١٩٧٩/١٢/٦ س ٣٠ ع ص ١٨١

جـ ـ الخطأ بمناسبة الوظيفة أو الأجنبى عنها:

ويعتبر العامل الذى ارتكبه التابع قد وقع منه بمناسبة وظيفته إذا اقتصرت الوظيفة على تيسير ارتكاب الخطأ أو المساعدة على ارتكابه أو تهيئة الفرصة لارتكابه. مثال ذلك أن يذهب خفير إلى منزل خصمه في غير وقت العمل الرسمى ويطلق عليه عياراً نارياً من سلاحه الميرى فيقتله.

وكذلك يعتبر خطأ التابع أجنبياً عن الوظيفة إذا لم يكن له صلة بالوظيفة،. مثال ذلك أن يرتكب أحد رجال الشرطة جريمة في وقت كان فيه متغيباً عن عمله في اجازة رسمية[1].

لكن كيف نحدد نطاق مسئولية المتبوع؟ هل نقصرها على الخطأ الواقع أثناء الوظيفة وبسببها ونستبعد الخطأ بمناسبة الوظيفة أو الأجنبى عنها أم يتسع نطاقها لتشمل الخطأ أثناء الوظيفة وبسببها وبمناسبتها؟ بالنسبة للخطأ الواقع أثناء الوظيفة فلا خلاف على مسئولية المتبوع عنه أما ما وراء ذلك فقد إختلف موقف غالبية الفقهاء عن موقف القضاء.

موقف غالبية الفقهاء: يرى أن المعيار الذى يتفق أكثر مع عبارة النص هو المعيار الذى يشترط أن يكون الخطأ بسبب الوظيفة فقط، أى الخطأ الذى ما كان ليستطيع التابع أن يرتكبه، أو ما كان ليفكر في أن يرتكبه، لولا الوظيفة[2].

اتجاه محكمة النقض إلى توسيع نطاق مسئولية المتبوع:

تواترت أحكام محكمة النقض على أن المشرع بصدد تحديده نطاق مسئولية المتبوع وفقاً لحكم المادة ١٧٤ من القانون المدنى لم يقصد قصر

---

(١) انظر في عرض تفصليى لهذه الفروض، السنهورى، الوسيط، جـ ١، فقرة ٦٨٢، ٦٨٤، ص ١١٥٧ وما بعدها.

(٢) انظر السنهورى المرجع السابق، فقرة ٦٨٢ ص ١١٥٧ وما بعدها، إسماعيل غانم مصادر الالتزام، فقرة ٢٥٠ ص ٤٤٢، توفيق فرج، مصادر الالتزام، الدار الجامعية بيروت، فقرة ٣٠٤ ص ٤١١، ٤١٢، أنور سلطان مصادر الالتزام دار المعارف ١٩٦٦ فقرة ٥٢١ ص ٥٥٩، مصطفى الجمال مصادر الالتزام ١٩٨٥ ص ٤١٤، قارن جلال العدوى، مصادر الالتزام، الدار الجامعية ببيروت ١٩٩٤ ص ٣٦٦، عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق فقرة ٥٣، ص ٦٦٨. انظر عكس ذلك مصطفى مرعى، المسئولية المدنية فقرة ٢٢٠ ـ ٢٢٩.

المسئولية على خطأ التابع وهو يؤدي عملاً من أعمال وظيفته أو بسببها بل تتحقق المسئولية كلما كان فعل التابع قد وقع منه أثناء تأدية الوظيفة، أو كلما استغل هذه الوظيفة أو ساعدته هذه الوظيفة على إتيان فعله غير المشروع أو هيأت له بأي طريقة كانت فرصة ارتكابه سواء ارتكبه لمصلحة المتبوع أو عن باعث شخصي وسواء أكان الباعث الذي دفعه إليه متصلاً بالوظيفة أو لا علاقة له بها وسواء وقع الخطأ بعلم المتبوع أو بغير علمه(١).

وواضح من هذه الأحكام أنها تتوسع في نطاق مسئولية المتبوع وذلك لمصلحة المضرور، ولكن هذا التوسع على حساب التفسير الصحيح لعبارة نص المادة ١٧٤ مدني، كما أنها تتنافى مع العلة من تقرير هذه المسئولية وهي السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه، أي سلطة المتبوع الفعلية في إصدار الأوامر إلى التابع وفي الرقابة عليه في تنفيذ هذه الأوامر ومحاسبته على الخروج عليها(٢).

ويبدو لنا أن محكمتنا العليا بدأت تضيق في هذا المعيار اعتباراً من عام ١٩٩٠ حيث تقرر "وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته وفي توجيهه، يدل على أن المشرع أقام هذه المسئولية على خطأ مفترض في جانب المتبوع فرضاً لا يقبل إثبات العكس مرجعه سوء اختياره تابعه وتقصيره في رقابته وأن القانون حدد نطاق هذه المسئولية بأن يكون العمل الضار غير المشروع واقعاً من التابع حال تأدية وظيفته أو بسببها بما مؤداه أن مسئولية المتبوع تقوم في حالة خطأ التابع وهو يؤدي عملاً من أعمال الوظيفة وأن تكون الوظيفة هي السبب المباشر للخطأ وأن تكون ضرورية لإمكان وقوعه أو كان فعل التابع قد وقع منه أثناء تأدية الوظيفة أو كلما استغل وظيفته أو ساعدته هذه الوظيفة على إتيان فعله غير المشروع أو هيأت له بأية طريقة كانت فرصة ارتكابه لها"(٣). ولم تردد ما كانت تردده من عبارات في أحكامها السابقة والتي توسع بشكل غير منضبط مسئولية

---

(١) نقض ١٩٧٩/١٢/٦ س ٣٠ ع ٣ ص ١٨١، ١٩٨٦/١١/١٠ س ٣٤ ص ١٥٧٨، ١٩٨٨/٢/١٨ الطعن ١٠٦٢ لسنة ٥٣ ق.

(٢) نقض ١٩٨٤/١/١ س ٣٥ ص ١٠٢، ١٩٨٨/٢/١٠ الطعن ١٧٢٦ لسنة ٥٤ ق.

(٣) نقض ١٩٩٠/١/٣٠ الطعنان ٢٥١، ٣٠٩ لسنة ٥٥ ق، ١٩٩٠/٥/٦ الطعن ٩١٤ لسنة ٥٨ ق.

المتبوع عن أعمال تابعه ولكنها رددت نفس العبارات في الحكم الأخير في حكم عام ١٩٩٢[١]، بل ودهبت إلى أبعد من ذلك عام ١٩٩٥ حيث إنها بعدما قررت العبارات السابقة أضافت أنه "يخرج عن نطاق مسئولية المتبوع ما يرتكبه التابع من خطأ ولم يكن بينه وبين ما يؤدى من أعمال الوظيفة ارتباط مباشر ولم تكن هى ضرورية لما وقع من خطأ ولا داعيه إليه، وعلى ذلك فإنه إذا انتفت العلاقة بين الفعل الضار والوظيفة بأن ارتكب التابع العمل غير المشروع في غير أوقات العمل أو تغيبه عنه أو وقت أن تخلى فيه عن عمله لدى المتبوع تكون الصلة بينهما قد انقطعت ولو مؤقتاً يصبح التابع حراً يعمل تحت مسئوليته وحده"[٢]

وبذلك تكون المحكمة العليا قد قطعت شوطاً كبيراً نحو المعيار المقترح من جانب الفقه ووضعت بعض الضوابط للمعيار المتبع من جانب القضاء.

وقت قيام مسئولية المتبوع ـ وتحديد المتبوع المسئول:

لما كان مصدر الحق في التعويض هو العمل غير المشروع الذى أتاه المسئول ويترتب هذا الحق في ذمة المتبوع من وقت وقوع الضرر المترتب على ما أرتكبه هذا المسئول من خطأ، وتقوم مسئولية المتبوع في هذه الحالة على واجب الإشراف والتوجيه للتابع، لذلك فأن العبرة في تحديد المتبوع المسئول عن خطأ التابع هو بوقت نشوء الحق في التعويض وهو وقت وقوع الخطأ الذى ترتب عليه الضرر الموجب لهذا التعويض أثناء رقابة وإشراف توجيه هذا المتبوع، ومن ثم لا يغير من ذلك انتقال هذا التابع إلى رقابة وتوجيه متبوع آخر بعد ذلك[٣].

ثانياً: أساس المسئولية:

وقد تعددت النظريات في تحديد الأساس الذى تقوم عليه مسئولية المتبوع عن أعمال التابع:

---

(١) نقض ١٩٩٢/٧/١٩ الطعن ٢٧٧٥ لسنة ٥٨ ق.
(٢) نقض ١٩٩٥/٣/١٢ س ٤٦ ص ٤٦٨، ٤٦٩
(٣) نقض ١٩٧٩/١٢/١٣ س ٣٠ ع٣ ص ٢٥٧، ١٩٨٢/١١/٢٨ س ٣٣ ص ١٠٦٥ ١٩٩٥/٢/١٩ س ٤٦ ص ٤٢

الخطأ المفترض: ذهب رأى إلى أن مسئولية المتبوع عن أعمال التابع تقوم على خطأ مفترض من جانب المتبوع وأن هذا الخطأ مفترض افتراضا لا يقبل إثبات العكس ويتمثل هذا الخطأ في سوء الاختيار أو التقصير في الرقابة والتوجيه[1]. وقد نعرض هذا الرأى للكثير من الانتقادات.

تحمل التبعة: وذهب رأى آخر إلى أن مسئولية المتبوع عن أعمال التابع، مسئولية موضوعية تقوم على فكرة تحمل التبعة[2]. وبرر هذا الرأى هذه المسئولية بفكرة الغنم بالغرم، المتبوع ينتفع بنشاط تابعه، فعليه أن يتحمل تبعة هذا النشاط. كما أن المتبوع له على تابعه سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه وهذه السلطة هى المقابل للمسئولية ولذلك تكون المسئولية مصدرا لتحمل التبعة. وقد انتقد هذا الرأى كذلك.

مسئولية عن خطأ الغير: فمسئولية المتبوع ما زالت تقوم على الخطأ، لكن هذا الخطأ ليس خطأ المتبوع وإنما خطأ التابع، أى المتبوع يسأل عن خطأ التابع، فالمسئولية هنا مسئولية عن فعل الغير وهى مسئولية أرادها القانون ولم يجز للمتبوع أن يتخلص منها.وذهب أنصار هذا الرأى إلى تبريره باعتبار أن المتبوع كفيلاً لنشاط التابع في مواجهة الغير وتكون الكفالة تضامنية[3]. وذهب البعض الآخر إلى تبريره على اساس أن التابع نائب عن المتبوع، فيسأل المتبوع عن أعمال تابعه ما دامت في حدود النيابة، والنيابة هنا هى علاقة التبعية. وذهب فريق ثالث إلى القول بأن التابع قد حل محل المتبوع باعتباره امتداداً لشخصية المتبوع، فيعتبر خطأ التابع بالنسبة للمضرور كأنه خطأ المتبوع[4].

---

(١) نقض مدنى ١٩٤٦/١١/٢٨ مجموعة القواعد القانونية، جـ ٥، ص ٣٦٠ رقم ١١٥، ١٩٣٦/١١/١٢، نفس المجموعة، جـ ٢، ص ٨، رقم ٥ مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢، ص ٤١٤ ـ ٤١٩. وانظر عودة محكمة النقض لهذا الأساس فى بعض أحكامها الحديثة نقض ١٩٩٠/١/٣٠ الطعنان ٢٥١، ٣٠٩ لسنة ٥٥ ق، ١٩٩٠/٥/٦، الطعن رقم ٩١٤ لسنة ٥٨ ق.

(٢) جوسران، جـ ١، فقرة ٥١٣، ديموج، دجـ ٥، فقرة ٨٨٢.

(٣) كولان وكابيتان ودى لامورانديير، جـ ٢، فقرة ٣٥٠، بلانيول وريبير وبولانجى، جـ ٢، فقرة ١١٢٥.

(٤) مازو، جـ ١، فقرة ٩٣٥ ـ ٩٣٩، نقض مدنى ١٩٤٤/٥/١٤ مجموعة القواعد القانونية جـ ٣، ص ٤٣٦، رقم ١٥٦.

ويبدو أن محكمة النقض قد اتجهت إلى إقامة مسئولية المتبوع عن أعمال التابع على أساس فكرة الضمان. فالمتبوع يسأل عن التعويض بطريق التضامن مع التابع، فهو كفيل متضامن، ومصدر هذه الكفالة ليس العقد، بل القانون[1]. ويترتب على اعتناق هذا الرأى أن المتبوع لا يستطيع التخلص من المسئولية ولو عن طريق نفى رابطة السببية، ويظل مسئولاً حتى ولو كان غير مميز.

- رجوع المضرور - ورجوع المتبوع:

وعلى ذلك يكون للمضرور أن يرجع على المتبوع باعتباره مسئولاً عن التابع، كما يكون له كذلك أن يرجع على التابع لقيام مسئوليته وله أخيراً أن يرجع عليهما بالتضامن. وحيث أن مسئولية المتبوع عن أعمال التابع مسئوليته عن عمل الغير فإن المتبوع يستطيع أن يرجع على تابعه ليطالبه بما يكون قد دفعه من تعويض، وفى هذا تنص المادة ١٧٥ مدنى على أن "للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التى يكون فيها هذا الغير مسئولاً عن تعويض الضرر". وسواء أكان هذا الرجوع بمقتضى دعوى الحلول القانونية المنصوص عليها في المادة ٣٢٦ مدنى، ومن ثم يكون للتابع أن يتمسك قبل المتبوع الذى أوفى بالتعويض عنه للمضرور بانقضاء حق هذا الدائن المضرور قبله بالتقادم الثلاثى المقرر في المادة ١٧٢ مدنى على أساس أنه انقضى على علم المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه أكثر من ثلاث سنوات دون أن يرفع المضرور عليه الدعوى بطلب التعويض على أساس أن رفعه الدعوى على المتبوع لا يقطع التقادم بالنسبة إليه، والتقادم لا يرد على حق المتبوع في الرجوع على التابع وإنما على حق الدائن الأصلى الذى انتقل إلى المتبوع بحلول محل الدائن "المضرور"

---

(١) انظر نقض مدنى ١٦ ديسمبر ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣٥ ص ٨٧٠، نقض ١٩٧٩/٥/١٠ س ٣٠ ع٢ ص ٣٠٧ نقض ١٩٨٦/٦/١٩ الطعن ٩٠٢ لسنة ٥١ ق، ١٩٩٠/٥/٥ الطعن ٢٧٥٣ لسنة ٥٨ق، ١٩٩٠/٥/٢٧ لسنة ٥٨ ق، ١٩٩٥/١/٥ س ٤٦ ص ٨٢. ومع ذلك قارن نقض ١٩٩٠/١/٣٠ الطعنان ٢٥١، ٣٠٩ لسنة ٥٥ ق. ١٩٩٠/٥/٦ الطعن ٩١٤ لسنة ٥٨ ق السابق الإشارة إليهما والذى يبدو منهما أنهما يعتنقان نظرية الخطأ المفترض

فيه والذى يطالب به المتبوع تابعه[1] وسواء أكان بالدعوى الشخصية المنصوص عليها في المادة ٣٢٤ مدنى التى تقضى بأنه إذا قام الغير بوفاء الدين كان لـه حـق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه بشرط أن يكون التابع قد استفاد من هذا الوفـاء. وبناء عليه لا يستطيع المتبوع أن يرجع على التـابع إذا كـان قـد أوفـى بـالتعويض للدائن المضرور بعد أن كان حق الدائن فيه قد سقط بالنسبة للتابع[2]. كما أنه ليـس للمتبوع أن يرجع على تابعه بالتعويض الذى أداه بالدعوى الشخصية التـى قررهـا القانون في المادة ٨٠٠ مدنى للكفيل قبـل المديـن، وذلـك لمـا هـو مقـرر مـن عـدم جـواز رجـوع الكفيـل بـهذه الدعـوى إذا كـانت الكفالـة لمصلحــة الدائــن وحــده، وضمان المتبوع لأعمال تابعه هو ضمان قرره القانون لمصلحة الدائن المضرور وحده[3].

(١) نقض ١٩٧٩/٥/١٠ س ٣٠ ع١ ص ٣٠٧. وهذا الحكم محل نظر من الناحية الفنية. حيث أن المتبوع من الغير قد ألزمه القانون بدفع التعويض المستحق على التابع المسئول للمضرور. فلا يوجد للمضرور حقان فى التعويض وإنما هو حق واحد تجاه التابع أصلا. كما أن هذا الحكم لا يستقيم مع الأساس الذى تبنته محكمة النقض لأساس مسئولية المتبوع عن فعل التابع وهو اعتباره كفيلا متضامنا ومصدر هذه الكفالة القانون. وهذا يصـدق فـى حالة واحدة إذا كان حق المضرور قد سقط بالتقادم ولكن المتبـوع لـم يدفـع بـه وقـام بدفـع التعويض.

(٢) انظر نبيل سعد، التأمينات الشخصية، التبعية وغير التبعية، منشأة المعارف، ٢٠٠٠، ص ١٢٤.

(٣) نقض ١٩٧٩/٥/١٠ السابق الإشارة إلى ١٩٩٥/١/٥ س ٤٦ ص ٨٢.
انظر نبيل سعد، المرجع السابق الإشارة إليه، ص ١٢٤

المبحث الثالث

فعل شيء

الأشياء التي يمكن أن تنشأ عنها المسئولية قد تكون حيوانا وقد تكون بناء وقد تكون آلات.

والمسئولية عن الأشياء تقع في إطار سياسة المشرع بتأمين المضرور بالحصول على تعويض عما يصيبه من ضرر أيا كان مصدره. فإذا كان المشرع قد قرر المسئولية عن فعل الغير ليكفل للمضرور سبيلا أكيدا للحصول على تعويض عن الضرر الناشيء من فعل الغير عن طريق رجوعه على متولى الرقابة أو المتبوع، فإن تقريره للمسئولية عن الأشياء أدعى وأوجب. فالشيء لا يمكن أن يكون مسئولا عما يقع منه من ضرر لذلك كان من المنطقي أن يكفل المشرع للمضرور سبيلا في الرجوع على حارس ذلك الشيء ليحصل منه على تعويض الضرر الذى أحدثه له هذا الشيء. ولدراسة المسئولية الناشئة عن الأشياء يجب أن نعرض لعناصر هذه المسئولية وهى الحراسة، وفعل الشيء الذى أحدث الضرر[1].

---

(١) نقض ١٩٧٣/١٢/١١ س ٢٤ ص ٢٤٣.

المطلب الأول

الحراسة والحارس

وحيث أن المسئولية الناشئة عن الأشياء تقوم على فكرة الخطأ في الحراسة لذلك فإن المسئولية تقوم على عاتق الحارس وهنا سنعرض للمقصود بالحراسة والحارس بصفة عامة، ثم بعد ذلك ندرس انتقال الحراسة وتجزئة الحراسة في المسئولية عن الأشياء التى تقتضى حراستها عناية خاصة.

أولاً: المقصود بالحراسة وبالحارس:

- يقصد بالحراسة في هذا الصدد السيطرة الفعلية في توجيه ورقابة الشيء والتصرف في أمره. والحارس الذى يفترض الخطأ في جانبه هو ذلك الشخص الطبيعى أو المعنوى الذى تكون له السلطة الفعلية على الشيء قصدا واستقلالا[١]، أى هو الذى يسيطر على الشيء سيطرة فعلية ويتولى استعماله واستغلاله لحساب نفسه[٢]، والحارس قد يكون شخص واحدا أو عدة أشخاص طالما توافرت بصددهم شروط الحراسة[٣]، ولا يشترط في الحارس أهلية معينة حيث أن المسئولية هنا تقوم على خطأ مفترض[٤].

- **وقوام الحراسة هى السيطرة الفعلية سواء ثبتت هذه السيطرة الفعلية بحق أو بغير حق، أى سواء كانت السيطرة شرعية أو غير شرعية.**

- ويجب أن تنصب هذه السيطرة الفعلية على توجيه ورقابة الشيء والتصرف في أمره، وبالرغم من أن الحراسة تتمثل في مجرد السيطرة الفعلية إلا أن صفة الحارس تعتبر مسألة قانون وتخضع لرقابة محكمة النقض ويجب على

---

(١) نقض ١٩٧٨/٥/٢٣ س ٩٢ ص ١٣٠١.

(٢) نقض ١٩٨١/٦/٢ س ٣٢ ص ١٦٧٣، ١٩٨٦/٣/٢٦ الطعن ١٣١٥ لسنة ٥٢ ق، ١٩٩٠/١٢/٣٠ الطعن ٣٧٦٨ لسنة ٥٨ ق، ١٩٩٢/٢/٢٦ الطعن ٢٢٦١ لسنة ٥٦ ق. نقض ١٩٨٨/١٠/٢٦ الطعن ٧٥٩ لسنة ٥٥ ق.

(٣) انظر:

Ph. Le Tourneau, L. Cadiet, Droit de la responsabilities, Dalloz- Delta 1996, p. 754.

(٤) انظر المرجع السابق ص ٧٥١ وما بعدها. لذلك يمكن أن يكون الحارس عديم التمييز.

محكمة الموضوع أن تبين بوضوح شروط توافر هذه الحراسة في المسئول حتى تسمح لمحكمة النقض ممارسة رقابتها.

- ويترتب على ذلك أنه في الأصل أن **تثبت السيطرة الفعلية في توجيه ورقابة الشيء والتصرف في أمره لمالك الشيء**. وعلى ذلك تقوم قرينة أن مالك الشيء هو الحارس المسئول عن فعل هذا الشيء. فإذا رجع المضرور على المالك فليس عليه أن يثبت أنه هو الحارس، بل المالك هو الذى عليه أن يثبت أنه لم يكن حارس الشيء وقت إحداثه الضرر.

- وتنتفى الحراسة بفقد الحارس لشرط من شروطها وتقوم مسئولية من تتوافر فيه شروط الحراسة ولا يهم مدة الحراسة، فالحراسة تتوافر مهما كانت مدتها ولو للحظة واحدة.

ثانياً: انتقال الحراسة وانتقال المسئولية:

وهنا نعرض لعدة فروض لانتقال الحراسة وبالتالى انتقال المسئولية.

الفرض الأول: إذا انتقل الشيء من يد المالك إلى يد أخرى بالرغم عن إرادته أو دون علمه. فإن السيطرة الفعلية على الشيء تنتقل في هذه الحالة من المالك إلى هذا الغير طالما كان لهذا الأخير التوجيه والرقابة عما يحدثه الشيء من ضرر. وكما هو واضح أنه لا يلزم أن تكون السيطرة الفعلية سيطرة مشروعة لها سند من القانون.

الفرض الثانى: إذا انتقل الشيء من يد المالك إلى يد الغير برضاء المالك وكان الغير تابعاً له. الأصل إن انتقال الشيء إلى يد التابع لا ينقل إليه السيطرة الفعلية على الشيء، إذ الغالب أن المالك يستبقى السيطرة الفعلية على الشيء حتى بعد أن يسلمه لتابعه، فيبقى المالك في هذه الحالة هو الحارس، لكن ليس هناك ما يمنع من أن تنتقل، في بعض الحالات، السيطرة الفعلية إلى التابع وبذلك يصبح التابع مسئولاً باعتباره الحارس عن فعل الشيء ويكون المالك مسئولاً مسئولية المتبوع.

الفرض الثالث: انتقال الشيء من يد المالك إلى شخص غير التابع لينتفع به، كالمستأجر أو المستعير في الغالب تنتقل إلى هذا الشخص السيطرة الفعلية على الشيء إذ هو في سبيل الانتفاع به يمسك بزمامه في يده وله التصرف في أمره ومن ثم يكون هو الحارس. وكذلك إذا تم انتقال الشيء لشخص غير تابع للمحافظة عليه أو إصلاحه فالأصل أن تنتقل السيطرة الفعلية إلى هذا الشخص، ويكون هو الحارس ما لم يستبق المالك لنفسه السيطرة الفعلية فيبقى هو الحارس(١).

بالنسبة للبناء، فإن المالك هو الذى يستبقى لنفسه السيطرة الفعلية على البناء فهو الذى يصرف أمره من حيث صيانته وإصلاح ما به من عيوب أو هدمه إذا أصبح قديما لا يفيد فيه الإصلاح. ولذلك فالمستأجر والمستعير لا يعتبران في الغالب من الأحوال حارسين(٢). لكى تنتقل الحراسة من مالك البناء إلى غيره كالمنتفع والمستحكر والمرتهن رهن حيازة والحائز للبناء بنية تملكه سواء حاز بحسن نية أو بسوء نية.

ثالثا: تجزئة الحراسة ـ في المسئولية عن الأشياء التى تقتضى حراستها عناية خاصة:

- في القانون الوضعي الفرنسي هناك اتجه يذهب إلى التفرقة بين حراسة الاستعمال Garde du comportement وحراسة التكوين Garde de la structure وتقوم هذه التفرقة عندما يكون الشيء مكونا من عدة عناصر مختلفة، بحيث تكون السيطرة الفعلية على كل عنصر فيه لشخص معين. وتظهر أهمية هذه التفرقة في الوقت الحاضر بالنسبة لكثير من الأشياء الخطرة والتى لا يكون لمستعملها أى دخل في تكوينها وتركيبها أو مفردات العناصر المكونة لها. مثال ذلك من القضاء الفرنسي أنبوبة الاكسجين، فهذه الأنبوبة لها محتوى داخلى يتعلق بتكوينها ومظهر خارجى يتعلق باستعمالها أو صيانتها، فإذا كان انفجارها يرجع إلى عيب في صناعتها وليس إلى سوء استعمالها وتقصير في صيانتها فأنه من

---

(١) انظر. Ph Le Tourneau, L Cadiet, op. cit., p 752 et s.
(٢) نقض ٢/١٢/١٩٨٠ س ٣١ ص ١٩٧٨

غير المقبول أن يسأل عن أضرارها حارس الاستعمال وإنما يجب أن يسأل عن ذلك حارس التكوين المنتج أو الصانع.وأمثلة أخرى من القضاء الفرنسي تتعلق بزجاجات المشروبات الغازية، وأنابيب البيروسول وغيرها.

- هذه التفرقة تثير كثير من الصعوبات العملية أمام المضرور وتتمثل في معرفة سبب الضرر هل يرجع إلى تكوين الشيء أم استعماله قبل رفع دعواه مما يترتب على ذلك ضياع الفائدة الأساسية من المسئولية عن الأشياء حيث أن القصد منها أساساً إعفاء المضرور من البحث عن سبب الحادث ثم نعود من الباب الخلفي إلى مطالبته بالبحث عن المخطئ الذى تسبب في وقوع الضرر علاوة على إطالة أمد النزاع وزيادة النفقات على المضرور. كما أن هناك صعوبة قانونية تتمثل في تحديد الحارس عندما تنفصل سلطة استعمال الشيء عن سلطتى الرقابة والتوجيه.

- بالنسبة لموقف القضاء الفرنسى فأن هناك أحكام رفضت تطبيق هذه التفرقة وهناك أحكام طبقت هذه التفرقة وقد حاولت محكمة النقض وضع ضوابط لهذه التفرقة فذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن تجزئة الحراسة لا يكون مقبولاً إلا عندما يكون الضرر راجعاً فقط إلى تكوين الشيء ولم يشترك في إحداثه لا حارس الاستعمال ولا المضرور، كما أن هذا الضرر يجب ألا يكون راجعاً إلى قدم الشيء، كما أن هذه التفرقة لا تكون قابلة للتطبيق إذا كان الضرر راجعاً في نفس الوقت إلى التكوين ولاستعمال الشيء.

- وأخيراً فان الحراسة بنوعيها لا يمكن أن تكون متعاصرة ولكن يمكن أن تكون متبادلة ومن ثم لا يمكن الحكم بالتعويض على حارس التكوين وحارس الاستعمال معاً، بالتضامن[1].

---

(١) Ibid., p. 765 et 757

المطلب الثانى

فعل الشىء الذى أحدث الضرر

وهنا سنعرض لفعل الحيوان، ولتهدم البناء، ولفعل الشىء الذى تتطلب حراسته عناية خاصة والآلات الميكانيكية.

أولاً: فعل الحيوان:

تنص المادة ١٧٦ مدنى مصرى على أن "حارس الحيوان، ولو لم يكن مالكا له، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر، ولو ضل الحيوان أو تسرب، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبى لا يد له فيه".

وعلى ضوء ذلك يشترط لتقوم المسئولية أن يكون هناك حيوان أحدث ضررا للغير، ولنر هذه العناصر بالتفصيل.

١- بالنسبة للحيوان: لم يحدد النص أى الحيوانات يكون الشخص مسئولاً عن الضرر الناشىء عنها فهو تكلم عن الحيوان بصفة عامة، على ذلك يسأل الشخص عن الحيوانات التى تكون في حراسته سواء كانت أليفة أو مستأنسة أم متوحشة، ولذلك يكون المروض مسئولاً عن الحيوانات المتوحشة التى تكون في حراسته. كما يستوى أن تكون هذه الحيوانات صغيرة أو كبيرة، طليقة أو مقيدة، ولذلك يكون المالك مسئولاً عن الأضرار التى تنشأ عن النحل الذى يملكه.

لكن يشترط أن تكون الحيوانات حية ومملوكة لأحد من الناس، وأن تكون حراستها ممكنة. على ذلك فان كانت ميتة فلا يسأل عنها الشخص، وكذلك لا يسأل الشخص عن الحيوانات المتوحشة التى توجد فوق أرضه لأنه ليس له عليها سيطرة فعلية في التوجيه والرقابة، كما أنها ليست مملوكة له.

٢- بالنسبة لفعل الحيوان: يشترط لقيام مسئولية حارس الحيوان على أساس قرينة الخطأ في الحراسة أن يقع الضرر للغير بفعل الحيوان، أى أن يكون الحيوان هو المتسبب في إحداثه بمعنى أن يكون الحيوان قد أتى بعمل إيجابى كان هو السبب في الضرر فإذا ارتطم شخص بجسم حيوان حى فجرح، فلا مسئولية

على الحارس لأن الحيوان دوره هنا سلبى. كما أن الحارس يكون مسئولاً لو أن الحيوان قد ضل أو تسرب.

- لكن لا يشترط أن يتصل الحيوان بالمضرور اتصالاً مادياً، كما لو جمح جواد فأصاب المارة ذعر فجرح أحدهم[1].

- لكن قد يدق الأمر إذا كان الحيوان في قيادة صاحبه الذى يركبه وقت حصول ضرر، فيما إذا كان الضرر قد وقع بفعل الحيوان أم بفعل الإنسان، مثال ذلك الجواد الذى يقوده شخص أو يمتطيه، الرأى السائد الآن، أن المسئولية في هذه الحالة هى عن فعل الحيوان لا عن فعل الشخص لأن الضرر لا يعتبر من فعل الشخص في هذه الحالة إلا إذا تعمده وعندئذٍ يسأل عن فعله الشخصى طبقاً للمادة ١٦٣ مدنى.

٣- بالنسبة للضرر الحادث للغير: القاعدة أن أى ضرر يلحقه الحيوان بالغير يرتب مسئولية حارسه، سواء كان هذا الضرر جرحاً أو كدماً أو ذعراً يولد حالة عصبية أو مرضاً ينقله الحيوان إلى حيوانات الغير، أو إذا أتلف الحيوان مالاً مملوكاً للغير.

- **ويدخل في معنى الغير هنا مالك الحيوان إذا لم يكن هو الحارس،** كما يدخل فيه كذلك تابع المالك إذا كان هذا الأخير استبقى لنفسه الحراسة. لكن إذا أوقع الحيوان الضرر بالحارس نفسه، فلا يستطيع الحارس أن يرجع على المالك إلا إذا أثبت خطأ في جانبه طبقاً للقواعد العامة. أما إذا أوقع الحيوان الضرر بنفسه، بأن اختنق بحبل مثلاً، فإذا كان الحارس هو المالك هلك الحيوان على مالكه، أم إذا كان الحارس غير المالك، فلا يستطيع المالك في هذه الحالة الرجوع بالتعويض على الحارس إلا على أساس الخطأ الثابت.

٤- أساس المسئولية ودفعها: الخطأ هنا مفروض في جانب الحارس فرضاً لا يقبل إثبات العكس، والخطأ المفترض في جانب الحارس هو خطأ في الحراسة وعلى ذلك يكفى المضرور أن يثبت أن الضرر قد حدث بفعل الحيوان

---

(١) السنهورى، الوسيط، جـ ١، فقرة ٧٥٣

وأن المدعى عليه هو الحارس، إلا أن يكون المدعى عليه هو المالك فيفترض أن الحيوان في حراسته إلا إذا أثبتت أن الحراسة لغيره.

- الخطأ المفترض في جانب الحارس لا يقبل إثبات العكس، ومن ثم فليس للحارس أن يتخلص من المسئولية بإثبات أنه لم يخطئ، أو أنه اتخذ جميع الاحتياطات الضرورية لمنع وقوع الحادث. لكن يجوز للحارس أن يتخلص من المسئولية بنفى رابطة السببية بين فعل الحيوان وبين الضرر الذى وقع بأن يثبت السبب الأجنبى، فيثبت أن الضرر لم يقع من فعل الحيوان وإنما نشأ من حصول رعد فزع منه الحيوان فترتب على ذلك وقوع الضرر، أو أن يثبت أن المضرور هو الذى حرش الكلب على نفسه أو دخل إلى الكلب في مكانه واستثاره، أو أن أطفالا أفزعوا الحصان فجمح وأحدث الضرر الذى وقع بالغير.

ثانيا: تهدم البناء:

تنص المادة ١٧٧/ ١ على أن حارس البناء، ولو لم يكن مالكا له، مسئول عما يحدثه إنهدام البناء من ضرر، ولو كان انهداما جزئيا، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه".

وعلى ذلك يشترط لقيام مسئولية حارس البناء أن يكون الضرر الذى أصاب المضرور ناجما عن تهدم البناء.

١- بالنسبة للبناء: يعتبر بناء كل مجموع من المواد أيا كان نوعها خشبا أو حجارة أو حديد، اتصل بالأرض اتصال قرار بيد الإنسان، يستوى أن يكون البناء معد للسكنى أو لغيرها. ويستوى أن يكون تم تشييد البناء لغرض دائم أم مؤقت كأبنية المعارض والأكشاك الخشبية بل قد لا يكون البناء معدا لشيء من ذلك، كالحائط المقام بين حدين فيعتبر بناء، والعمد التذكارية وما إلى ذلك، يستوى أن يكون البناء قد تم تشييده فوق الأرض أو في باطن الأرض، كالانفاق، والأنابيب، لكن لا يعتبر بناء العقار بالتخصيص كالمصاعد وكذلك لا تعتبر بناء الشجرة ولا الأرض.

٢- بالنسبة للتهدم: يقصد به تفكك البناء وانفصاله عن الأرض التى يتصل بها اتصال قرار ويستوى أن يكون هذا الانفصال كليا أو جزئيا كسقوط

السلم، أو انهيار الحائط أو السقف أو انفصال الشرفة، والتهدم هو الذى يتم دون تدخل من جانب الإنسان[1].

- **والتهدم الذى يسأل عنه الحارس هو ما يرجع إلى نقص في صيانة البناء أو إلى قدمه أو إلى عيب فيه.** وعلى ذلك إذا تهدم البناء بفعل انفجار آلة موجودة فيه أو بفعل الحريق فلا يعتبر تهدماً. لكن إذا بقى جزء من البناء بعد الانفجار أو الحريق ومضى بعض الوقت ثم سقط فإن هذا يعتبر تهدماً يسأل عنه الحارس.

- ويشترط أن ينجم الضرر عن تهدم البناء تهدماً فعلياً لا عن مجرد أن يكون البناء مهدداً بالسقوط أو التهدم. ومع ذلك أجازت المادة ١٧٧/ ٢ مدنى لمن يتهدده البناء بالسقوط أن يكلف المالك (دون الحارس) باتخاذ التدابير الضرورية لدرء الخطر فإن لم يستجب المالك إلى طلبه جاز له بعد استئذان المحكمة اتخاذ هذه التدابير على حسابه أى على حساب المالك.

٣- أساس المسئولية ودفعها: تقوم مسئولية حارس البناء على أساس الخطأ المفترض فإذا أثبت المضرور أن الضرر نشأ عن تهدم البناء قامت قرينة قانونية على خطأ الحارس في صيانة البناء أو في إصلاحه أو في تجديده وهذا الافتراض يقوم على الغالب الشائع أن البناء لا يتهدم إلا لإهمال في صيانته أو لقدمه أو لعيب فيه. ومع ذلك يستطيع الحارس أن يثبت عكس هذه القرينة إذا أثبت أن البناء لم يكن في حاجة إلى صيانة أو إصلاح أو تجديد، فإن عجز عن إثبات ذلك اعتبر التهدم راجعاً إلى خطئه المفترض، ولا يكون أمامه من سبيل لدفع المسئولية بعد ذلك إلا إذا قطع علاقة السببية بين الخطأ المفروض وبين الضرر الذى وقع بإثباته السبب الأجنبى[2]. وتذهب محكمة النقض إلى أن مسئولية حارس البناء تقوم قانوناً عند تهدم البناء كلياً أو جزئياً وهى تستند إلى خطأ مفترض في جانب الحارس بإهمال صيانة البناء أو التجديد أو الإصلاح، وأن كانت المسئولية تنتفى بنفى علاقة السببية بين هذا الخطأ المفترض وبين الضرر

---

(١) نقض ١٩٨٤/٤/٢٦ س ٣٥ ص ١١١٧.

(٢) انظر في تفصيل ذلك السنهورى، جـ ١ فقرة ٧١٨ ص ١٢١٦ وما بعدها.

بإثبات وقوع التهدم - ولو كان جزئياً - لا يرجع إلى إهمال في الصيانة أو قدم البناء أو عيب فيه وإنما يرجع إلى القوة القاهرة أو خطأ الغير أو خطأ المضرور نفسه[1].

- لا يجوز التمسك بمسئولية حارس البناء طبقاً للمادة ١٧٧ مدنى إذا كان بين الحارس والمضرور علاقة تعاقدية[2]، كالمستأجر، إذا أصابه ضرر من البناء لا يجوز له التمسك بالمسئولية التقصيرية وإنما يتمسك بالمسئولية العقدية.

ثالثاً: فعل الأشياء التى تقتضى حراستها عناية خاصة:

- تنص المادة ١٧٨ مدنى على أن "كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولاً عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد له فيه، هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة".

- وكما هو واضح لم يجعل المشرع المسئولية القائمة على خطأ مفترض تشمل جميع الأشياء بل قصرها على الآلات الميكانيكية وعلى الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة، وعلى ذلك يشترط لقيام مسئولية حارس هذه الأشياء وقوع الضرر بفعل الشيء. لكن ما المقصود بالشيء في هذا الخصوص؟؟ وما هو المقصود بفعل الشيء؟؟

١- بالنسبة للشيء، يقصد بالشيء هنا الأشياء المادية غير الحية، إذا كانت بطبيعتها أو بسبب ظروف محيطة بها في حاجة إلى عناية خاصة، وعلى ذلك فالأشياء غير المادية والحيوان والبناء لا تدخل في مفهوم هذا الشيء.

- وتعتبر الآلات الميكانيكية دائماً في حاجة إلى هذه العناية الخاصة بحكم النص ذاته[3].

---

(١) نقض ١٩٨٠/١٢/٢ س ٣١ ص ١٩٧٨، ١٩٨٦/٢/٢٠ الطعن ٢٣٤٨ لسنة ٥٢ ق.
(٢) نقض ١٩٦٨/٤/١٦ س ١٩ ص ٧٦٢، ١٩٨١/١/٢٧ س ٣٢، ص ٣٥٥.
(٣) نقض ١٩٦٧/٣/٣٠ س ١٨ ص ٧٠٤، ١٩٨٠/٤/٢١ س ٣١ ص ١٨٨١ خاص بالمصعد الكهربائى.

- ومن الأشياء التى تعتبر بطبيعتها في حاجة إلى عناية خاصة، المفرقعات والمواد الكيميائية، الأسلحة، والأسلاك الكهربائية[١]، وغير ذلك. ومن الأشياء التى تعتبر في حاجة إلى هذه العناية بسبب ظروف ملابسة، الأشجار إذ مال جزعها لقدمها، والأرض إذا انهار جزء منها أو انخسف بعضها، والمبانى إذا نجم الضرر لا عن تهدمها.

٢- بالنسبة لفعل الشىء: يجب لتحقق مسئولية الحارس أن يكون الضرر ناشئاً عن فعل الشىء ولا يكفى في ذلك تدخل الشىء تدخلاً سلبياً، كما لو اصطدم أحد المارة أو راكب دراجة أو سيارة أخرى بسيارة واقفة في المكان المعتاد للوقوف، وإذا اصطدم شخص في آلة ميكانيكية ثابتة في مكانها الطبيعى فيصاب بجروح.، وعلى ذلك فإذا لم يتدخل الشىء تدخلاً إيجابياً في إحداث الضرر فلا يمكن القول بأن ضرر وقع بفعل شىء. فالتدخل السلبى لا يكفى لقيام مسئولية الحارس وفقاً لحكم المادة ١٧٨ مدنى.

- ويعتبر الشىء تدخل تدخلاً إيجابياً في إحداث الضرر، إذا كان هذا الشىء في وضع أو في حالة تسمح عادة بأن يحدث الضرر[٢]، كما لو كانت السيارة في حالة حركة أو كانت واقفة في غير مكانها الطبيعى أو كانت مطفأة النور ليلاً[٣].

- والأصل هو افتراض تدخل الشىء تدخلاً إيجابياً في إحداث الضرر والمسئول عليه أن يثبت أن الشىء لم يتدخل في إحداث الضرر إلا تدخلاً سلبياً، فينتفى بذلك افتراض الخطأ، ويتعين لمساءلته إثبات وقوع الخطأ منه وفقاً للقواعد العامة للمسئولية.

---

(١) نقض ١٩٧٤/١٢/٣١ س ٢٥ ص ١٥٥٧، ١٩٧٧/٣/١ س ٢٨ ص ٥٩١، ١٩٧٨/٥/٢٣ س ٩٢ ص ١٣٠١، ١٩٩٠/١/١٨ الطعن ١١٢٦ السنة ٥٧ ق، ١٩٩٠/٣/٢٠ الطعن ٢٧٤٨ لسنة ٥٦ق، ١٩٩٠/٣/٢٥ الطعن ٣٢٨ لسنة ٥٦ ق، ١٩٩١/٥/٢٦ الطعن ١٨٠٠ لسنة ٥٦ ق.

(٢) نقض ١٩٨٨/١٢/١٥ الطعن ٩٠٧ لسنة ٥٧ ق.

(٣) Ph. Le Tournau,L Cadied, Droit de la responsabilitié, Dalloz Delta 1996, p. 748.

- التدخل الإيجابى للشيء في إحداث الضرر لا يستلزم الاتصال المادى المباشر[1] فمثلا إذا سارت سيارة بسرعة تتجاوز السرعة المعتادة ففزع أحد المارة ووقع فأصيب بضرر دون أن تمسه السيارة يعتبر أن الشيء قد تدخل تدخلاً إيجابياً في إحداث الضرر بالرغم من عدم اتصاله المادى بمن وقع عليه الضرر.

- لكن الصعوبة تنشأ عندما يحدث وقت وقوع الضرر أن يكون الشيء في يد إنسان تحركه أو تديره. فمتى يعتبر الضرر راجعاً إلى فعل الشيء، ومتى يعتبر راجعاً إلى فعل الإنسان.

طبقاً لنص المادة ١٧٨ مدنى مصرى قد جعل أن الخطأ المفترض يقوم على فكرة العناية الخاصة التى تتطلبها حراسة الشيء. وعلى ذلك فإذا كان الشيء في حراسة شخص، وكانت هذه الحراسة تقتضى عناية خاصة بالنسبة إلى طبيعة هذا الشيء أو بالنسبة إلى ظروفه وملابساته بحيث يصبح في وضع أو في حالة تسمح عادة بأن يحدث الضرر[2]. ثم أحدث الشيء ضرراً فإنه يفترض أن الحارس قد قصر في بذل هذه العناية الخاصة حتى أفلت زمام الشيء من يده فأحدث الضرر هذا في القانون المصرى.

٣- بالنسبة لأساس المسئولية ودفعها:

- تقوم المسئولية هنا على فكرة الخطأ في الحراسة، أى على الخطأ المفترض في جانب حارس الشيء، فإذا ألحق الشيء ضرراً للغير فيفترض أن زمامه قد أفلت من حارسه، وهذا هو الخطأ المفترض في الحراسة.

- وهنا لا يكلف المضرور إلا بإثبات أن الضرر قد وقع بفعل آلة ميكانيكية أو فعل شيء تتطلب حراسته عناية خاصة في القانون المصرى، فإذا أفلح في ذلك يفترض أن الشيء قد تدخل تدخلاً إيجابياً في إحداث الضرر، إلا إذا أثبت الحارس أن تدخل الشيء كان سلبياً.

---

(١) Ibid., p. 747.

(٢) نقض ١٩٨٣/٣/١٣ س ٣٤ ص ٢٠٢، ١٩٨٩/١/١٥ الطعن ٧٨١ لسنة ٥٧ق، ١٩٩١/٧/٢٤ الطعن ٢٧٦٠ لسنة ٥٦ ق، ١٩٩٢/٢/٢٧ الطعن ٢٥٢٥ لسنة ٥٧ ق.

- ومسئولية حارس الأشياء تقوم على خطأ مفترض لا يقبل إثبات العكس، بمعنى أنه لا يجوز للحارس في سبيل دفع مسئوليته إثبات أنه قام بواجب العناية الخاصة حتى لا يفلت زمام الشيء من يده. لكن يستطيع الحارس أن يدفع مسئوليته بنفى علاقة السببية بين الخطأ المفترض والضرر ويكون ذلك بإثبات السبب الأجنبى[1].

- ويشترط أن يكون السبب الذى تدفع به المسئولية محدداً لا تجهيل فيه ولا إبهام سواء أكان ممثلاً في قوة قاهرة أم في حادث فجائى أم خطأ المصاب أم خطأ الغير، كما ينبغى أن يكون الفعل خارجاً عن الشيء فلا يكون متصلاً بداخليته أو تكوينه فإذا كان الضرر راجعاً إلى عيب في الشيء فإنه لا يعتبر ناشئاً عن سبب أجنبى ولو كان العيب خفياً[2] لا يمكن توقعه أو دفعه أو درء نتائجه.

- ونطاق افتراض الخطأ في جانب حارس الشيء قاصر على العلاقة بين المضرور والحارس. على ذلك فإنه لا يحتج به إذا أحدث الشيء الضرر لذاته، أو إذا وجدت رابطة تعاقدية بين المسئول والمضرور، كما لو عرض طبيب أحد المرضى لآلة من آلات الأشعة فأصابه بضرر فإن مسئولية الطبيب في هذه الحالة تكون مسئولية عقدية عن الأشياء لا مسئولية تقصيرية[3]. ما لم يكن الفعل الذى ارتكبه الطبيب يكون جريمة أو يعد غشاً أو خطأ جسيم مما يتحقق معه المسئولية التقصيرية تأسيساً على أنه أخل بالتزام قانونى، إذ يمتنع عليه أن يرتكب هذا الفعل في جميع الحالات سواء كان متعاقداً أو غير متعاقد.

- كما لا يعمل بقرينة الخطأ المفترض في الحالة التى ينجم فيها الضرر عن عدة أشياء من الجوامد كتصادم سيارتين مثلاً وإنما تطبق القاعدة العامة في المسئولية عن الأفعال الشخصية.

---

(١) نقض ١٩٦٦/١١/٢٢ س ١٧ ص ١٧١٢، ١٩٨٤/١/٣١ س ٣٥ ص ٣٥٧، ١٩٨٨/٢/٢٧ الطعن ١٣١٣ لسنة ٥٦ ق.

(٢) نقض ١٩٨٨/١٠/٢٦ الطعن ٧٥٩ لسنة ٥٥ ق، ١٩٩١/٢/٢٧ الطعن ١٠٣٦ لسنة ٦٠ق، ١٩٩٦/٦/١١ س ٤٧ ص ٩٤٠.

(٣) نقض ١٩٨٥/٥/١٣ الطعن ٧٦٠ لسنة ٥٠ ق.

- كما لا يعمل بقرينة الخطأ المفترض فى الحالات التى أقام فيها المشرع المسئولية على فكرة تحمل التبعة، كما هو الشأن في مسئولية رب العمل عن حوادث العمل وهذا ما رخصت به المادة ١٧٨ مدنى ذاتها بقولها "... هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة".

الفرع الثانى
الضرر

- الركن الثانى للمسئولية التقصيرية هو الضرر فإذا لم يكن هناك ضرر فلا مسئولية مهما كان الخطأ مؤكداً - فالضرر هو الذى تقوم المسئولية من أجل تعويضه[1] أى أنه لا يعتد بالخطأ إلا إذا كان هناك ضرر، وكذلك لا يعتد بالضرر إذا لم يكن هناك خطأ. والضرر في المسئولية التقصيرية هو الضرر المباشر متوقعاً كان أو غير متوقع[2].

- والمضرور هو المكلف بإثبات الضرر وله إثباته بكافة طرق الإثبات بما في ذلك البينة والقرائن لأن الضرر واقعة مادية.

- والضرر قد يكون مادياً يصيب المضرور في جسمه أو في ماله، وقد يكون ضرراً أدبياً يصيب المضرور في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه ... الخ.

ونتكلم عن نوعى الضرر لتحديد الشروط الواجب توافرها في كل منهما.

---

(١) نقض ١٩٦٠/١/٧ س ١١ ص ١٥، ١٩٦٢/٥/٣٠ س ١٣ ص ٧١٦، بل يجب على المحكمة أن تبين في مدونات حكمها عناصر الضرر الذى قضت من أجله بهذا التعويض وتخضع محكمة الموضوع في ذلك لرقابة محكمة النقض أما تقدير تلك العناصر فلا رقابة لمحكمة النقض عليه ما دامت استندت إلى أدلة مقبولة نقض ١٩٩٠/٤/٤ الطعن ٢٣٨٤ لسنة ٥٤ ق.

(٢) نقض ١٩٧٤/١١/١١ س ٢٥ ص ١٢١٠

المبحث الأول

الضرر المادى

وهنا سنعرض لشروط الضرر المادى، ثم نحدد بعد ذلك من له الحق في التعويض عن الضرر المادى.

المطلب الأول

شروط الضرر المادى

يشترط في الضرر المادى أن يكون ناشئا عن الأخلال بمصلحة مشروعة وأن يكون محققا.

أولا: الإخلال بمصلحة مشروعة:

يشترط لكى ينشأ الضرر أن يكون قد حدث إخلال بحق أو بمصلحة مالية، ويجب أن تكون المصلحة التى تم الإخلال بها مصلحة مشروعة. ولنر ذلك بشىء من التفصيل.

١ ـ الإخلال بحق أو بمصلحة:

قد يكون الضرر ناشئا عن الإخلال بحق أو من مجرد الإخلال بمصلحة مالية للمضرور [1].

أ ـ الإخلال بحق المضرور: ينشأ الضرر نتيجة الإخلال بأى حق، سواء كان هذا الحق يتعلق بالكيان المادى للإنسان أو يتعلق بوجود حق مالى للمضرور [2].

فالتعدى على الحياة ضرر، وكذلك إصابة الإنسان بجرح أو أى إصابة في جسده تؤدى إلى عجز الإنسان الكلى أو الجزئى عن الكسب علاوة على ما يتكبده من نفقات علاج كل ذلك يعتبر اعتداء على حق شخصى في السلامة، ويعتبر من قبيل الضرر المادى.

---

(١) نقض ١٩٦٥/١/١١ س ١٦ ص ١٠٤٣، ١٩٩٠/٦/١٤ الطعن ٢٩٤ لسنة ٥٩ ق.

(٢) نقض ١٩٦٨/٤/٢ س ١٩ ص ٦٨٩

وكذلك التعدى على الملك يعتبر إخلالاً بحق ويعتبر ضرراً مادياً فإتلاف شخص لمال آخر كأثاث أو سيارة أو غير ذلك يعتبر ضرراً مادياً أصاب المضرور في حق ثابت له. بالجملة نستطيع أن نقول أن كل إخلال بحق مالى ثابت، عينياً كان هذا الحق أو شخصياً، يعتبر ضرراً مادياً يستوجب التعويض.

ويدخل في مفهوم الضرر المادى أيضاً الضرر المرتدة بالنسبة لمن ارتد عليه ومن أمثلته الأضرار التى تحدث للعمال الذين يؤدى حادث وفاة رب العمل إلى تعريضهم للبطالة، والضرر الذى يصيب الأولاد بسبب قتل عائلهم.

ب- الإخلال بمصلحة مالية: قد يكون الضرر إخلالاً لا بحق للمضرور، ولكن بمجرد مصلحة مالية، كأن يقتل من يعول أحد أقاربه دون أن يلزمه القانون بالنفقة عليه. ويشترط في هذه الحالة أن يثبت المضرور صاحب المصلحة أن القتيل كان يعوله فعلاً وعلى نحو مستمر دائم وأن فرصة الاستمرار فى ذلك في المستقبل كانت محققة[1] ومن ذلك أيضاً الضرر الذى يصيب الخطيبة من فقد خطيبها فالقاضي يقدر ما ضاع على المضرور من فرصة ويقضى له بتعويض على هذا الأساس.

٢- يجب أن تكون المصلحة المالية مشروعة:

إذا كانت المصلحة المالية تكفى لتحقق الضرر إذا حصل الإخلال بها إلا أنه يشترط أن تكون هذه المصلحة مشروعة. وعلى ذلك إذا كانت المصلحة المالية غير مشروعة فلا يعتد بها، ولا يعتبر الإخلال بها ضررا يستوجب التعويض. فلا يجوز للخليلة أن تطالب بتعويض عما أصابها بفقد خليلها، أما الولد الطبيعى والأبوان الطبيعيان فيجوز لهم ذلك. لأن العلاقة فيما بينهم، وإن كانت قد نشأت عن علاقة غير مشروعة، هى في ذاتها مشروعة"[2].

---

(١) السنهورى، الوسيط، جـ ١ فقرة ٥٧٢ نقض ١٩٧٦/٣/١٥ س ٢٧ ص ٦٤٦، ١٩٨٤/٤/٢٩، س ٣٥ ص ١١٣٥، ١٩٩٠/٣/٢٥ الطعن ٢٠٢٠ لسنة ٥٦ ق، ١٩٩٠/٣/٢٩ الطعن ٢٤٣٦ لسنة ٥٨ ق.

(٢) السنهورى، الوسيط، جـ ١ فقرة ٥٧٣.

ثانياً: أن يكون الضرر محققاً:

وهنا سنعرض للضرر الحال والضرر المستقبل، ثم بعد ذلك نعرض للضرر المحتمل ومدى التعويض عن تفويت الفرصة

١- الضرر الحال والضرر المستقبل:

- "يشترط في الضرر أن يكون محقق الوقوع، بأن يكون قد وقع فعلاً، أو سيقع حتماً، أما الضرر الاحتمالى الغير محقق الوقوع فأن التعويض عنه لا يستحق إلا إذا وقع فعلا[١].

- والضرر الحال وهو الذى وقع فعلاً لا يثير مشكلة تذكر، ومن أمثلته أن يموت المضرور أو يصاب بجرح في جسمه أو يتلف ماله أو يحرم من مصلحة مالية.

- أما الضرر المستقبل، فهو الضرر الذى لم يقع بعد وإنما سيقع في المستقبل فإنه يشترط فيه أن يكون محقق الوقوع[٢]. والضرر المستقبل قد يستطاع تقديره فوراً وفى هذه الحالة يقدره القاضى ويحكم به كاملا. وقد لا يستطاع تقديره فوراً لعدم اكتمال عناصر تقدير الضرر، كعامل أصيب في ساقه ولم يعرف بعد ما إذا كان ستبتر الساق أو ستبقى، في هذه الحالة يكون القاضى بالخيار بين الحكم بتعويض مؤقت على أن يحفظ للمضرور حقه في التعويض النهائى بعد أن يستبين مدى الضرر، وبين تأجيل الحكم بالتعويض حتى هذا الوقت (م ١٧٠ مدنى).

- ويعين القاضى طريقة التعويض تبعاً للظروف، فقد يأخذ التعويض عن الضرر صورة مبلغ إجمالى مرة واحدة أو على أقساط، وقد يؤخذ صورة إيراد مرتب لمدى حياة المضرور (م ١٧١ مدنى).

- في بعض الحالات لا يكون الضرر المستقبل متوقعاً وقت الحكم بالتعويض وبالتالى لا يدخله القاضى في حسابه عند تقدير هذا التعويض، ثم

---

(١) نقض ١٩٦٥/٥/١٣ س ١٦ ص ٥٧٠.

(٢) نقض ١٩٦٥/٦/١٠ س ١٦ ص ٧٣٦، ١٩٧٧/٢/٨ س ٢٨ ص ٣٩٥

تتكشف الظروف عن استفحال الضرر بعد ذلك، كأن تؤدى إصابة العامل إلى وفاته، أو إلي عجزه الكلى، في هذه الحالة يجوز للمضرور أو لورثته أن يطالبوا في دعوى جديدة بالتعويض عما استجد من الضرر مما لم يكن قد دخل في حساب القاضى عند تقدير التعويض الأول، ولا يحول دون ذلك حجية الشيء المقضى به حيث أن الحكم السابق بالتعويض لم يتناول هذا الضرر الجديد ولم يسبق أن حكم بتعويض عنه أو قضى فيه. الأصل أنه لا أثر لتغير قيمة النقود على الحكم بتعويض بمبلغ من النقود في شكل إيراد مرتب مدى الحياة، ما لم يكن المبلغ المحكوم به قد روعى فيه أن يكون كافياً لنفقة المضرور.

٢- الضرر المحتمل ومدى التعويض عن تفويت الفرصة:

وهنا نعرض للضرر المحتمل، ثم بعد ذلك نتكلم عن مدى التعويض عن تفويت الفرصة.

أ - الضرر المحتمل: هو ضرر غير محقق، قد يقع وقد لا يقع، ولا يكون التعويض عنه واجباً إلا إذا وقع فعلاً[١]، وبذلك يختلف الضرر المحتمل عن الضرر المستقبل، إذ أن هذا الأخير ضرر محقق الوقوع وإن لم يقع بعد ولذلك وجب التعويض عنه كما سبق أن رأينا. ومثال الضرر المحتمل أن يحدث شخص بخطئه خللاً في منزل جاره يخشى منه تهدم المنزل. هنا الخلل ضرر محقق حيث أنه وقع بالفعل ويستحق عنه التعويض، أما الخشية من التهدم ضرر محتمل قد يقع وقد لا يقع وبالتالى لا يعوض عنه إلا إذا وقع بالفعل[٢].

ب- مدى التعويض عن تفويت الفرصة: إذا كانت الفرصة في ذاتها أمراً محتملاً إلا أن تفويتها أمر محقق، ولذا يتعين التعويض عنها فالتعويض هنا لا ينصب على الفرصة ذاتها لأنها أمر احتمالى وإنما يكون عن تفويت الفرصة[٣].

---

(١) نقض ١٩٥٩/٢١/٣ س ١٠ص ٧٥١ حيث أيدت محكمة النقض محكمة الاستئناف فيما ذهبت إليه من استبعاد حرمان المضرور من مكافآت الدروس الخصوصية والندب للمراقبة في الامتحانات باعتبار أن ذلك ضرراً احتمالياً وليس بضرر محقق الوقوع.

(٢) السنهورى، الوسيط جـ ١ فقرة ٥٧٥.

(٣) نقض ١٩٦٥/٤/٢٩ س ١٦ ص ٥٢٧، ١٩٨١/١١/١٧ س ٣٢ ص ٢٠٤٤، ١٩٨٥/٣/١٤ س ٣٦ ص ٤٠٣.

كالتعويض عن تفويت فرصة النجاح في الامتحان، التعويض عن فرصة كسب دعوى النفقة، والتعويض عن تفويت فرصة الترقية إلى درجة أعلى[1]. ولذلك يراعى في تقدير التعويض عن فوات الفرص مدى احتمال الكسب الذى ضاع على المضرور الذى يأمل الحصول عليه ما دام لهذا الأمل أسباب معقولة[2]. والأمر لا شك يتسع فيه مجال الاجتهاد ويختلف فيه التقدير، ولذلك على القاضى أن يأخذ بالأحوط، وإن يتجنب المبالغة في تقدير الاحتمال في نجاح الفرصة.

(١) نقض ١٩٥٨/١١/١٣ س ٩ ص ٦٨٤.

(٢) نقض ١٩٧٩/٥/١٦ س ٣٠ ع ٢ ص ٣٦٠، نقض ١٩٩٠/٣/٢٩ الطعن ٢٣٤٦ لسنة ٥٨ ق، ١٩٩٠/١٢/٣٠ الطعن ٤٣٥ لسنة ٥٨ ق، ١٩٩١/٥/٢٣ الطعن ١٢٨١ لسنة ٥٥ قق، ١٩٩٥/١١/٣٠ س ٤٦ ص ١٢٨٥، ١٩٩٦/٤/٢١ س ٤٧ ص ٦٨٥.

المطلب الثانى

من له الحق في التعويض عن الضرر المادى

في هذا الصدد يجب أن نفرق بين فرضين، الفرض الأول، الاضرار المادية التى تلحق المصاب، والفرض الثانى، الاضرار المادية التى تصيب المتوفى، ولنر ذلك بشيء من التفصيل.

أولا: الأضرار المادية التى تلحق المصاب:

من البديهى أن المصاب يستطيع أن يطالب بالتعويض عن الاضرار المادية - في صورها المختلفة في الحدود السابق بيانها - التى حاقت به وهى تشمل ما تكبده المصاب من خسارة وما فاته من كسب(1) طبقاً لقواعد تقدير التعويض التى سوف نعرض لها فيما بعد.

ثانيا: الأضرار المادية التى تصيب المتوفى:

والأمر في هذا الفرض لا يخرج عن حالتين، أما أن الحادث يؤدى إلى وفاة المضرور مباشرة، وإما يؤدى إلى وفاته بعد فترة معينة من إصابته.

الحالة الأولى: وفاة المضرور مباشرة عقب الحادث:

إذا أدى الفعل الضار إلى وفاة المضرور فإن ذلك لا يمنع من ثبوت حق المضرور في التعويض قبل وفاته عن الضرر الذى لحقه في أية صورة كان، ومن ثم يدخل في عناصر تركته ويحق لورثته مطالبة المسئول بجبر الضرر المادى الذى سببه لمورثهم، لا من الجروح التى أحدثها فحسب، وإنما أيضاً من الموت الذى أدت إليه هذه الجروح باعتباره من مضاعفاتها(2).

---

(1) نقض ١٩٧٤/١١/١١ س ٢٥ ص ١٢١٠، نقض ١٩٨٩/١٢/١٠ الطعن ٣٨٩ لسنة ٥٧ق، ١٩٩٢/١/١٦ الطعن ١٦٤٥ لسنة ٥٦ ق.

(2) هذا ما استقرت عليه محكمة النقض انظر نقض ١٩٦٦/٢/١٧ س ١٧، ص ٣٣٧، ١٩٨٠/١/٢٣ س ٣١ ص ٢٥٥، نقض ١٩٧٤/٣/٧ س ٢٥ ص ٦٠، ١٩٩٠/١/٣١ الطعن ٨٢١ لسنة ٥٧ ق.

بل أكثر من ذلك إذا كان الضرر المادى الذى أصاب المضرور هو الموت بأن اعتدى شخص على حياته فمات في الحال فإنه يكون قد حاق به عند وفاته متمثلاً في حرمانه من الحياة وينتقل الحق في جبره تعويضاً إلى ورثته[١].

الحالة الثانية: وفاة المضرور بعد إصابته بفترة زمنية:

إذا أدى الفعل الضار إلى إصابة المضرور جسدياً واستمرت هذه الإصابة فترة زمنية معينة قبل وفاته فأنه من الطبيعى أن يكون له الحق في طلب التعويض عن كل ما أصابه من أضرار مادية ـة أو أدبية على النحو الذى سوف نراه. كما له أن يتنازل عنه صراحة أو ضمناً، ولا محل لافتراض هذا التنازل واستنتاجه من وفاة المضرور قبل أن ترفع دعوى التعويض[٢]. فإذا ما طالب بهذا التعويض فأن الحق في التعويض يدخل ذمة المضرور المالية بمجرد وقوع الحادث، وينتقل التعويض إلى الورثة حتى ولو حكم به بعد الوفاة. فإذا لم يطالب به بعد فأنه يحق لورثته المطالبة بهذا التعويض بعد وفاته ما لم يكن قد تنازل عنه.

ثالثا: المضرور غير المباشر أو الضرر المرتد أو بطريق الانعكاس

Le dommage par ricochet ou reflechi

هذه المشكلة تنشأ عندما تكون إصابة أو وفاة المضرور المباشر لها انعكاس أو إرتداد على أشخاص آخرين تربطهم بهذا المضرور روابط معينة مادية كاعالة شخص لا يلزمه القانون بالنفقة عليه، أو عاطفية كالضرر الشخصى الذى يصيب الأب بسبب قتل ولده، والذى يصيب الزوجة بسبب إصابة زوجها أو قتله. وقد عرضت محكمة النقض لذلك في العديد من أحكامها ووضعت الضوابط اللازمة لتعويض المضرور غير المباشر في هذه الحالة.

فقضت محكمة النقض بأنه "يشترط للحكم بالتعويض عن الضرر المادى الاخلال بمصلحة مالية للمضرور أن يكون الضرر محققا بأن يكون قد وقع بالفعل أو يكون وقوعه في المستقبل حتميا، فإن أصاب شخصا بالتبعية عن طريق ضرر أصاب شخصا آخر فلابد أن يتوافر لهذا الأخير حق أو مصلحة

(١) نقض ١٩٨٠/١/٢٣ س ٣١ ص ٢٥٥.
(٢) قارن نقض ١٩٦٨/٤/٢ س ١٩ ص ٧١٩، ١٩٦٦/٥/١٨ س ١٧ ص ١١٧٠

مالية مشروعة يعتبر الاخلال بها ضررا أصابه، والعبرة في تحقق الضرر المادى للشخص الذى يدعيه نتيجة وفاة آخر هى ثبوت أن المجنى عليه كان يعوله فعلا وقت وفاته على نحو مستمر ودائم وأن فرصة الاستمرار على ذلك كانت محققة وعندئذ يقدر القاضى ما ضاع على المضرور من فرصة بفقد عائله ويقضى له بالتعويض على هذا الأساس أما مجرد وقوع الضرر في المستقبل فلا يكفى للحكم بالتعويض"(١).

المبحث الثانى

الضرر الأدبى

وهنا سنعرض لتحديد الضرر الأدبى وشروطه، ثم بعد ذلك لمبدأ التعويض عن الضرر الأدبى، ولمن له الحق في التعويض عن الضرر الأدبى، وأخيراً لانتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبى.

المطلب الأول: تحديد الضرر الأدبى وشروطه

- الضرر الأدبى على خلاف الضرر المادى لا يصيب الشخص في ماله، وإنما يصيب مصلحة غير مالية. ومثال الضرر الأدبى تشويه الجسم. وخدش الشرف، والاعتداء على السمعة أو العرض والحط من الكرامة، فالضرر الأدبى بصفة عامة هو "كل ما يؤذى شعور الشخص أو عاطفته فيسبب له ألما أو حزنا"(٢).

---

(١) نقض ١٩٨٥/٥/٩ الطعن ١٧٧٣ لسنة ٥١، ١٩٧٦/٣/١٥ س ٢٧ ص ٦٤٦، ١٩٧٩/٣/٢٧ س ٣٠ ع١ س ٩٤١، ١٩٨٠/٣/٢٧ س ٣١ ص ٩٣٧، ١٩٨٢/٦/١٠ س ٣٣ ص ٧١٦، ١٩٨٤/٤/٢٩ س ٣٥ ص ١١٣٥، ١٩٩٠/٣/٢٥ الطعن ٢٠٢٠ لسنة ٥٦ ق، ١٩٩٠/٣/٢٩ الطعن ٢٤٣٦ لسنة ٥٨ ق.

(٢) فليس هناك من معيار لحصر احوال التعويض عن الضرر الأدبى إذ كل ضرر يؤذى الإنسان في شرفه واعتباره أو يصيب عاطفته أو إحساسه ومشاعره يصلح ان يكون محلا للتعويض"انظر نقض ١٩٩٠/٣/١٥ الطعن ٣٠٨ لسنة ٥٨ ق، نقض ١٩٩٨/٤/٢٩ الطعن ١٠٧ لسنة ٦٧ ق مجلة القضاة، السنة ٢٩ العدد الثانى ١٩٩٧ ص ٢٦٩.

- والضرر الأدبى قد يتصل بضرر مادى[1]، كالاعتداء على الشرف وما يؤدى إليه من فقد المضرور لعمله، وقد لا يتصل بأى ضرر مادى، كمجرد الألم الذى يصيب الوالدين في عاطفتهما بسبب فقد طفلهما".

- ويشترط للتعويض عن الضرر الأدبى أن يكون محققاً، أى غير احتمالى.

المطلب الثانى: مبدأ التعويض عن الضرر الأدبى

- مثار الصعوبة أن الضرر الأدبى يصيب مصلحة غير مالية ومع ذلك يتم تعويضه بمبلغ من المال. ولذلك مبدأ التعويض عن الضرر الأدبى لم يكن مسلما به دائما.

- فى القانون الرومانى كان يؤخذ بمبدأ التعويض عن الضرر الأدبى في حالات كثيرة ودون تفرقة بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية.

- في القانون الفرنسى القديم، أجيز مبدأ التعويض عن الضرر الأدبى ولكن تم قصر ذلك على المسئولية التقصيرية دون المسئولية العقدية توهما أن هذا هو حكم القانون الرومانى.

- وعند وضع نصوص التقنين المدنى الفرنسى تناول المشرع مسألة الضرر بنص عام (١٣٨٢) يسمح بالتعويض عن الضرر الأدبى بقدر ما يسمح بالتعويض عن الضرر المادى. وقد أقر القضاء الفرنسى هذا المبدأ منذ عهد طويل في الكثير من أحكامه.

- الفقه الفرنسى قد اختلف حول هذا المبدأ، فمنهم من قصر التعويض عن الضرر الأدبى الذى يترتب على جريمة جنائية، ومنهم من يفرق بين الضرر الأدبى المحض، والضرر الأدبى المتصل بضرر مادى، ويرفض التعويض عنه في الحالة الأولى ويجيزه في الحالة الثانية، وهذه آراء لم تسلم من النقد".

---

(١) نقض ١٩٩٠/٣/١٥ الطعن ٣٠٨ لسنة ٥٨ اتلاف سيارة مملوكة للمضرور ويتخذها وسيلة لكسب الرزق والعيش يعتبر عدوانا على حق الملكية وحرمانا من ثمرته من شأنه أن يحدث لصاحب هذا الحق حزنا وغما وأسى وهذا هو الضرر الأدبى الذى يسوغ التعويض عنه"

- ومن الفقهاء من يرفض التعويض عن الضرر الأدبى بصفة مطلقة وذلك على أساس أن التعويض عن هذا الضرر متعذر، إذ أن هذا الضرر بطبيعته غير قابل للتعويض، وحتى إذا كان قابلا له فإن التعويض فيه يستعصى على التقدير.

- في الوقت الحاضر يذهب جمهور الفقهاء إلى جواز التعويض عن الضرر الأدبى مثله مثل الضرر المادى بشرط أن يكون محققا. وذلك على أساس أن المقصود الحقيقى من تعويض الضرر الأدبى ليس محوه وإزالته وإنما توفير نوع من العزاء عن الألم أو الحزن الذى أصاب المضرور. كما أنه إذا كان من المتعذر تقدير الضرر الأدبى كالألم إلا أنه من الممكن تقدير المقابل الذى يعوض إلى حد ما عنه[1].

- في مصر استقر الفقه والقضاء على مبدأ التعويض عن الضرر الأدبى وقد تأيد هذا المبدأ في التقنين المدنى الحالى بما نصت عليه المادة ٢٢٢ مدنى من انه "يشمل التعويض الضرر الأدبى أيضا ولكنه لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق، أو طالب الدائن به أمام القضاء. ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب".

المطلب الثالث: من له الحق في التعويض عن الضرر الأدبى ومدى انتقاله

الأصل أن لكل من أصيب شخصيا بضرر أدبى أن يطالب بالتعويض عنه لكن إذا كان الضرر الأدبى ناشئا عن وفاة المصاب فيجب التفرقة بين نوعين من الضرر:

أولا: الضرر الذى أصاب المتوفى نفسه، وهذا لا ينتقل الحق في التعويض عنه إلى ورثته حيث أن المبدأ أن التعويض عن الضرر الأدبى لا ينتقل

(١) لا يقصد بالتعويض عن الضرر الأدبى – وهو لا يمثل خسارة مالية – محو هذا الضرر وإزالته من الوجود إذ هو نوع من الضرر لا يمحى ولا يزول بتعويض مادى ولكن يقصد بالتعويض أن يستحدث المضرور لنفسه بديلا عما أصابه من الضرر الأدبى، فالخسارة لا تزول ولكن يقوم إلى جانبها كسب يعوض عنها ...." نقض ١٩٩٠/٣/١٥ السابق الإشارة إليه.

بالميراث إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب به الدائن أمام القضاء على ما سنرى وهنا لا يتصور شيء من ذلك إذا الفرض أن الشخص قد مات.

ثانيا: الضرر الذى أصاب ذوى المتوفى أنفسهم، وهنا لا يعوض إلا الأشخاص الذين أصابهم ألم حقيقى من وفاته وقد حددهم نص المادة ٢٢٢ / ٢ مدنى بالأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية[١]. ومعنى ذلك أن التعويض في هذه الحالة يكون للزوج الحى ووالد المتوفى ووالدته وجده وجدته لأبيه أو لأمه وأولاده وأولاد أولاده وأخوته وأخواته. وبذلك يتضح أن التعويض الموروث مستقل عن التعويض الذى يلحق المضرور الوارث شخصيا[٢].

ولم يعرض النص إلا لحالة الضرر الأدبى الذى يلحق ذوى المصاب إذا توفى ولم يذكر حكم الجالة التى لم يمت فيها المصاب. ويرى الفقهاء أنه في هذه الحالة الأخيرة لا يتصور أن يعطى تعويضا عن الضرر الأدبى لغير الأب أو الأم.

كما أن المضرور غير المباشر في حالة الضرر الأدبى المرتد يستطيع أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر ويعتبر طلبه مستقلا ومغايرا لطلب التعويض عن الضرر الأدبى الشخصى[٣].

ثالثا : انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبى:

الأصل أن الحق في التعويض عن الضرر الأدبى قاصر على المضرور نفسه وبالتالى لا ينتقل إلى غيره بأى سبب من أسباب الانتقال، كالميراث إلا إذا أصبحت مطالبة المضرور به محققة.وقد حددت المادة ١/٢٢٢ مدنى الطريقتين التى يتم بهما هذا الانتقال: ١- أن يكون هناك اتفاق بين المضرور والمسئول بشأن التعويض من حيث مبدئه ومقداره. ٢-أن يكون المضرور قد رفع بالفعل الدعوى أمام القضاء ليطالب بهذا التعويض[٤].

---

(١) نقض ١٩٦٦/٣/٢٢ س ١٧ من ٦٣٦، ١٩٩٥/٢/٢١ س ٤٦ ص ١٤٥١.
(٢) نقض ١٩٨٣/٣/١٣ الطعن رقم ١٤٩٢ لسنة ٥٢ ق.
(٣) نقض ١٩٩٦/٤/٢١ س ٤٧ ص ٦٨٥.
(٤) نقض ١٩٧٥/١١/٤ س ٢٦ ص ١٣٥٩، ١٩٨١/٤/١ س ٣٢ ص ١٠٣٢، ١٩٩٠/١/٣١ الطعن ٨٢١ لسنة ٥٧ ق.

الفرع الثالث

علاقة السببية

- لا يكفى لقيام المسئولية المدنية حصول ضرر لشخص ووقوع خطأ من شخص آخر، بل لابد أن يكون هذا الخطأ هو السبب المباشر في حدوث الضرر وإلا انعدمت المسئولية. وقد نصت المادة ١٦٣ مدنى على ضرورة توافر ركن السببية بنصها على أ، "كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض".

- فإذا قاد شخص سيارة دون أن يحصل على ترخيص بالقيادة ثم دهس أحد المارة الذى ظهر فجأة في طريقه بحيث لم يكن يستطيع أن يتفاداه، فإنه لا يكون مسئولا عن هذا الحادث بالرغم من خطئه في القيادة دون ترخيص لانعدام السببية بين هذا الخطأ والحادث الذى وقع.

- لكن تنشأ الصعوبة فى تحديد توفر هذه الابطة عند تعدد الأسباب أو تسلسل الأضرار. كما أن هذه السببية تنعدم إذا توافر السبب الأجنبي. وهنا سندرس على التوالى قيام علاقة السببية، ثم بعد ذلك تعرض لانتفاء رابطة السببية.

المبحث الأول

قيام علاقة السببية

ولا تثور مشكلة في تحديد هذه العلاقة إلا إذا تعددت الأسباب بالرغم من وحدة الضرر، وكذلك إذا كان هناك تسلسل للضرر بالرغم من وحدة السبب.

المطلب الأول

تعدد الأسباب ووحدة الضرر

إذا كان الضرر واحد واشتركت في إحداثه عدة عوامل، كان من الصعب تعيين ما يعتبر سببا حقيقيا لهذا الضرر وما لا يعتبر كذلك. فمثلا إذا أهمل صاحب سيارة في اتخاذ الاحتياطات اللازمة للمحافظة عليها فسرقت منه، ثم قادها السارق بسرعة كبيرة فدهس أحد المارة، فهنا اشترك سببان في إحداث الضرر أولهما، تقصير صاحب السيارة، إذ لولا هذا التقصير لما سرقت السيارة ولما وقع الحادث وثانيهما خطأ السارق في القيادة إذ لولا السرعة الكبيرة لما حدث الضرر فهل يعتد بالسببين معا أم بالأخير منهما فقط؟ ومثال ذلك أن يكون شخص مصابا بالضعف في القلب فيضربه آخر ضربة ما كانت لتقضى على رجل سليم ولكن تقضى عليه هو، فيعتبر مرضه هو السبب في موته فلا يسأل عن ذلك ضاربه، أم يعتبر الضرب هو السبب ويلزم الضارب بتعويض أهل القتيل عن فقده.

وللإجابة على هذه التساؤلات هناك نظريتان، نظرية تكافؤ الأسباب، ونظرية السبب المنتج.

أولا: نظرية تكافؤ الأسباب

مؤدى هذه النظرية أن كل سبب له دخل في إحداث الضرر - مهما كان بعيدا - يعتبر من الأسباب التى أحدثت الضرر فجميع الأسباب التى تداخلت في إحداث الضرر تعتبر أسباب متكافئة. ويكون للسبب دخل في إحداث الضرر إذا كان لولاه لما وقع الضرر. وعلى ذلك ففى المثالين السابقين يجب الاعتداد بالسببين في المثال الأول تقصير صاحب السيارة في المحافظة عليها من السرقة، وتقصير السارق في قيادتها، وفى المثال الثانى يعتبر كل من الضرب ومرض القلب سببا في حدوث الوفاة.

ثانيا: نظرية السبب المنتج

ومؤدى هذه النظرية إنه إذا تداخلت عدة أسباب في إحداث الضرر فيجب التفرقة بين الأسباب العارضة والأسباب المنتجة وبالتالى إقامة وزن للأسباب المنتجة واعتبارها وحدها السبب في إحداث الضرر وإهمال الأسباب العارضة. وعلى ذلك فلا يكفى مجرد وجود عامل معين لاعتباره سببا في حدوث الضرر بحيث لولاه ما وقع ذلك الضرر كما تذهب إلى ذلك نظرية التعادل الأسباب لأن العوامل المتعددة التى تضافر وجودها لإحداث ذلك الضرر لا يكون نصيبها في إحداثه متعادلا. فمنها ما كان يكفى وحده لإحداث الضرر ومنها ما لم يكن يكفى لذلك، فيعتبر الأول هو السبب الحقيقى للضرر، ويوصف بأن السبب الفعال أو المنتج، والثانى مجرد سبب عارض لأنه ليس من شأنه بطبيعته - أى وفقا للمجرى العادى للأمور - أن يحدث مثل ذلك الضرر وإنما هو قد أسهم في إحداثه مصادفة باقترانه بذلك السبب المنتج أو الفعال، فيعتبر هذا الأخير ويهدر السبب العارض.

ولا يقبل القول بأن كلا من السبب المنتج والسبب العارض كان له دخل في إحداث الضرر، ولولاه لما وقع، لأن ذلك يفيد السببية الطبيعية لا السببية القانونية، فالسببية القانونيى تقتضى البحث في الأسباب لتحدد السبب الذى يقف عنده القانون من بين الأسباب الطبيعية المتعددة ليعتبره وحده هو السبب الذى أحدث الضرر. فالسبب المنتج هو السبب المألوف الذى يحدث الضرر في العادة أما السبب العارض هو السبب غير المألوف الذى لا يحدث عادة هذا الضرر ولكن أحدثه عرضا[1].

(١) السنهورى، الوسيط جـ ١ فقرة ٦٠٦، جـ ٢ فقرة ١٤٤١، ١٤٤٢. ويبدو أن محكمة النقض تعتنق هذه النظرية حيث أنها قضت "يجب عند تحديد المسئولية الوقوف عند السبب المنتج في إحداث الضرر دون السبب العارض" نقض ١٩٦٧/١٠/٢٦ س ١٨ ص ١٥٦٠ فمتى أثبت المضرور الخطأ والضرر وكان من شأن ذلك الخطأ أن يحدث عادة هذا الضرر فإن القرينة على توفر علاقة السببية بينهما تقوم لصالح المضرور وللمسئول نقض هذه القرينة بإثبات أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبى لا يد له فيه" نقض ١٩٦٨/١١/٢٨ س، ص ١٤٤٨، نقض ١٩٨٢/٦/٢٤ س ٣٣ ص ٨١٨، ١٩٨٧/٦/٣ الطعن ١٦٧١ لسنة ٥٣ ق، ١٩٩٢/٧/٣٠ الطعن ٩٠٤ لسنة ٥٦ ق.

وعلى ذلك فإنه طبقا لهذه النظرية يعتبر خطأ صاحب السيارة في المحافظة عليها من السرقة سببا عرضيا لأنه ليس من المألوف أن يؤدى إلى وقوع الضرر وهو دهس المصاب، أما خطأ السائق في القيادة فهو السبب المنتج الذى يتعين الوقوف عنده والاعتداد به لأن الوضع الطبيعي للأمور أن مثل هذا السبب هو الذى يحدث مثل هذا الضرر.

- في نظرية السبب المنتج يكون البحث عن السبب المنتج صعبا وكثيرا ما يكون تحكميا أما نظرية تكافؤ الأسباب وإن كانت أقل عدالة من نظرية السبب المنتج إلا إنها تمتاز عنها بالبساطة وبأنها توفر مشقة البحث وبالتالى تتفادى التحكم في استظهار السبب الذى أحدث الضرر ولذلك في فرنسا المحاكم لا تعتنق أيا منها بصفة مبدئية بل تلجأ حسب الأحوال إلى أيهما لتوصلها إلى الحل العادل في القضية المطروحة. (١)

المطلب الثانى

وحدة السبب مع تسلسل الأضرار

- قد يؤدى الفعل الواحد إلى سلسلة من الإضرار يعقب بعضها بعضا، فهل يسأل من صدر منه هذا الفعل عن جميع الأضرار مهما بعدت صلتها بالفعل. فمثلا إذا أصيب شخص في حادثة وترتب على ذلك عجزه عن العمل كليا، فتراكمت عليه الديون ونفذ الدائنون على ما في يده من مال، فانتابه الحزن فمرض .. الخ، فهل يسأل المدعى عليه عن هذه الأضرار كلها أم بعضها فقط؟.

- القاعدة أن من يرتكب خطأ يسأل عن جميع الأضرار الناشئة عن ذلك الخطأ، لكن يرد على هذه القاعدة قيدا هاما وهو أن الشخص الذى وقع منه الخطأ لا يسأل إلا عن الأضرار المباشرة فلا يسأل إذن عن الضرر غير المباشر.

معيار الضرر المباشر: وقد نص صراحة على هذا القيد في المسئولية العقدية في المادة ٢٢١/ ١ إذ تقول "إذ لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو بنص

---

(١) انظر فى دراسة تفصيلية Ph. Malaurie L. Aynès, op. Cit., no 44 P. 43 et S.
وانظر فى موقف القضاء Ph. Le Tourneau L. Cadiet, op. Cit. No 825 P. 236

القانون فالقاضى هو الذى يقدره ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول".

وعلى ذلك فالضرر المباشر هو الذى يعتبر نتيجة طبيعية للخطأ. والضرر الذى يعتبر نتيجة طبيعية للخطأ هو الضرر الذى لم يكن في استطاعة المضرور أن يتوقاه ببذل جهد معقول(1). أما ما وراء ذلك من الأضرار فأضرار غير مباشرة لا تعتبر نتيجة طبيعية للخطأ حيث كان يمكن للمضرور أن يتوقاها ببذل جهد معقول.

المبحث الثانى

انعدام السببية

القاعدة أنه "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبى لا يد له فيه، كحادث فجائى أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك "م ١٦٥ مدنى".

وعلى ذلك فإن السبب الأجنبى يؤدى إلى إنعدام علاقة السببية بين الخطأ والضرر. والسبب الأجنبى الذى يترتب عليه ذلك هو (١) القوة القاهرة أو الحادث الفجائى (٢) خطأ المضرور (٣) خطأ الغير. ولنر ذلك بشيء من التفصيل.

المطلب الأول

القوة القاهرة أو الحادث الفجائى

وهنا نعرض لماهية القوة القاهرة أو الحادث الفجائى وشروطه، ثم بعد ذلك نتعرف على أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائى.

---

(١) نقض ١٩٨٢/١١/١٧ الطعن ١٣٨١ لسنة ٤٩ ق.

أولا: ماهيتها وشروطها:

نعرض أولا للتفرقة بين القوة القاهرة والحادث الفجائى ومدى أهميتها، ثم بعد ذلك نتكلم عن شروط القوة القاهرة أو الحادث الفجائى.

١ - التفرقة بين القوة القاهرة والحادث الفجائى ومدى أهميتها:

يذهب بعض الفقهاء(١) إلى التفرقة بين القوة القاهرة والحادث الفجائى لكنهم لم يتفقوا على معيار التفرقة بينهما.

- فمنهم من يرى أن معيار التفرقة بينهما يكمن في خصائص كل منهما، فالقوة القاهرة هى الحادث الذى لا يمكن دفعه. أما الحادث الفجائى فهو الحادث الذى لا يمكن توقعه.ومن حيث أثر كل منهما، فإن كل منهما له نفس الأثر، حيث يكفى أن يكون الحادث مستحيل الدفع أو أن يكون غير ممكن التوقع.

في الواقع إن القوة القاهرة أو الحادث الفجائى لكى ترتب أثرها لابد أن يتوافر لها استحالة الدفع وعدم إمكان التوقع، أى اجتماع الخصيصتين معا.

- ومنهم من يبدأ بالإقرار بضرورة توافر الخصيصتين معا في كل من القوة القاهرة والحادث الفجائى إلا أنهم يرتكنون للتفرقة بينهما على درجة استحالة الدفع في كل منهما. فيرون أنه في القوة القاهرة تكون استحالة دفعها مطلقة، أما في الحادث الفجائى فتكون هذه الاستحالة نسبية.

في الواقع لو سلمنا بهذا المعيار لاستبعدنا الحادث الفجائى من نطاق السبب الأجنبى حيث أنه يشترط لكى يؤدى السبب الأجنبى إلى انعدام السببية أن يكون استحالة دفعة مطلقة لا نسبية.

- وأخيرا من الفقهاء من استند في التمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائى إلى علاقة الحادث الناشئ بالشئ، فإذا كان الحادث خارجيا عن الشيء كان قوة قاهرة، كالعاصفة، والزلازل وما إلى ذلك، وإذا كان الحادث داخليا ينجم مس الشيء ذاته كان حادثا فجائيا، كانفجار آلة، أو انكسار عجلة وقد رتب هؤلاء الفقهاء على هذه التفرقة نتيجة هامة، وهى أنه بالرغم من أن

---

(١) جوسران. جـ ٢، فقرة ٤٥١ وما بعدها

كلا من القوة القاهرة والحادث الفجائى يعتبر حادثا يستحيل دفعه وغير ممكن توقعه إلا أن القوة القاهرة، باعتبارها خارجية عن الشىء، تعتبر وحدها سببا لانعدام السببية[1]، أما الحادث الفجائى، باعتباره ذاتيا في الشىء، فإنه لا يؤدى إلى ذلك ويتحمل المدين تبعته، وهذا الرأى لا يستقيم إلا بالنسبة لأنصار نظرية تحمل التبعة، إذ طبقا لهذه النظرية يجوز أن يكون الشخص مسئولا عن الحادث الفجائى دون القوة القاهرة.

وبعد عرض هذه الآراء وما شابها من قصور استقر غالبية الفقهاء وجميع أحكام المحاكم على عدم التمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائى وترتيب نفس الأثر على أى منهما[2].

٢- الشروط الواجب توافرها في القوة القاهرة أو الحادث الفجائى:

لكى تثبت للقوة القاهرة أو الحادث الفجائى صفة السبب الأجنبى لابد أن يكون الحادث خارجا عن إرادة المدعى عليه وألا يمكن إسناده إليه بأى حال. ولكى يعتبر الحادث خارجا عن إرادة المدعى عليه ولا يد له فيه فإنه يجب (أولا) ألا يكون راجعا إلى فعله الشخصى أو إلى فعل الأشياء أو الأشخاص الذى يسأل عنهم على النحو السالف بيانه (ثانيا) أن يستحيل عليه دفعه (ثالثا) عدم إمكان توقعه للحادث[3].

وبالنسبة للشرط الأول قد عرضنا له خلال دراستنا للواقعة المنشئة للمسئولية، ولذلك يجب أن نعرض هنا للشرط الثانى، والثالث بشىء من التفصيل.

---

(١) قارن نقض ١٩٨٨/١٠/٢٦ الطعن ٧٥٩ لسنة ٥٥ق، ١٩٩١/٢/٢٧ الطعن ١٠٣٦ لسنة ٦٠ق، ١٩٩٦/٦/١١ س ٤٧ ص ٩٤٠.

(٢) السنهورى، الوسيط، فقرة ٨٥٦. ومع ذلك قارن موقف محكمة النقض في السنوات الأخيرة هامش ٢ ص ٤٣٧.

(٣) نقض ١٩٦٨/١٢/١٩ س ١٩ ص ١٥٥١ وهذان الشرطان يستمدان من واقع الدعوى الذى تستقل محكمة الموضوع بتحصيل كل منهما من أوراقها نقض ١٩٦٥/٣/٢٥ س ١٦ ص ٣٩٦، ١٩٦٦/٥/١٧ س ١٧ ص ١١٢٩، ١٩٦٨/٢/١٩ س ١٩ ص ٥٥١، ١٩٧٣/٦/١٢ س ٢٤ ص ٨٩٤، ١٩٨٠/٣/٢٧ س ٣١ ص ٩٣٠.

أ- عدم إمكان التوقع:

يجب أن يكون الحادث غير ممكن التوقع حتى يعتبر قوة قاهرة أو حادثا فجائيا، فإذا أمكن توقعه حتى لو استحال دفعه فإنه لا يعتبر قوة قاهرة أو حادثا فجائيا.

لكن ما هو معيار عدم إمكان التوقع؟ هل يكفي عدم استطاعة المدعى عليه توقع الحادث؟

في الحقيقة يذهب غالبية الفقهاء إلى ضرورة الأخذ بالمعيار الموضوعي لا بالمعيار الشخصي[1] بمعنى أن يكون الحادث غير ممكن التوقع من جانب أشد الناس يقظه وبصرا بالأمور" أى أن هذا المعيار لا يكتفي فيه بالشخص العادي بل ما يزيد عليه، ويجب أن يكون عدم الإمكان مطلقا لا نسبيا".

وعدم إمكان التوقع لا يرتبط بعدم سبق وقوع الحادث. حيث أنه يمكن أن يعتبر الحادث غير ممكن التوقع بالرغم من سبق وقوعه. فعدم إمكان التوقع يرتبط باستثنائية وندرة وقوع الحادث أو عدم مألوفية وقوعه ولذلك يتعذر على أشد الناس يقظة وبصرا بالأمور توقع وقت حدوثه، فالزلزال مثلا يعتبر حادثا نادر الوقوع فيتعذر على الشخص مهما بلغت فطنته وبصره أن يتوقع وقت وقوعه، ولذلك يعتبر الزلزال بالرغم من سبق وقوعه، قوة قاهرة أو حادثا فجائيا فالعبرة في عدم إمكان التوقع بوقت وقوع الحادث ذاته.

ب- استحالة الدفع:

يشترط أيضا في الحادث لكي يكون قوة قاهرة أو حادثا فجائيا أن يستحيل دفعه فإذا أمكن دفع الحادث حتى لو استحال توقعه، لم يكن قوة قاهرة أو حادثا فجائيا.

ويشترط في الاستحالة أن تكون مطلقة ولهذه العبارة معنيان كلاهما لازم، فيجب أن يفهم منها أولا أن الاستحالة لابد أن تكون تامة بمعنى أن يكون قد استحال على المدعى عليه أن يتصرف بخلاف ما فعل، ويجب أن يفهم من ذلك

---

(١) نقض ١٩٦٨/١٢/١٩ س ١٩ ص ١٥٥١، نقض ١٩٨٠/٥/٢٨ س ٣١ ص ١٥٥١.

أيضاً أن الاستحالة يلزم أن تكون عامة، فلا تعتبر مطلقة إذا كانت خاصة بشخص المدعى عليه".

ثانياً: أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائى:

إذا ثبت أن الحادث راجع إلى القوة القاهرة أو الحادث الفجائى وحدها فلا يكون للمضرور مطالبة المدعى عليه الذى أسند إليه وقوع الحادث و لا المسئول مدنياً عن فعله بتعويض الأضرار التى ألحقها به الحادث.

أما إذا أثبت أن الحادث راجع إلى مساهمة القوة القاهرة أو الحادث الفجائى مع خطأ المدعى عليه كان هذا الأخير مسئولاً مسئولية جزئية تتناسب مع مدى مساهمة خطئه في إحداث الضرر على نحو يبقى معه جانب من الضرر دون تعويض.

المطلب الثانى

خطأ المضرور

متى تثور مشكلة انعدام السببية بخطأ المضرور؟ تثور هذه المشكلة إذا أثبت المدعى عليه في دعوى المسئولية أن المضرور، قد تسبب بخطئه في حدوث الضرر الذى أصابه أو ساهم فيه أو في استفحال ذلك الضرر بإهماله.

لكن ما مدى تأثير خطأ المضرور في المسئولية الناشئة عن خطأ المدعى عليه؟ للإجابة على هذا السؤال يجب التفرقة بين ما إذا كان أحد الخطأين قد استغرق الخطأ الآخر، أم أن كل من الخطأين بقى مستقلاً عن الخطأ الآخر، وتحقق بذلك اشتراكهما في إحداث الضرر؟[1].

الفرض الأول: استغراق أحد الخطأين للخطأ الآخر: إذا استغرق خطأ المدعى عليه خطأ المضرور قامت مسئوليته كاملة دون إدنى تخفيف، أما إذا استغرق خطأ المضرور خطأ المدعى عليه انتفت مسئولية المدعى عليه لانعدام السببية. ويستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر في جسامته، الثانية أن يكون أحد الخطأين نتيجة للخطأ الآخر.

---

(١) قارن نقض ١٩٨٠/٥/٢٢ س ٣١ ص ١٤٧١.

الحالة الأولى: أحد الخطأين يفوق الأخر في جسامته وتتحقق هذه الحالة في صورتين (١) أن يكون أحد الخطأين متعمدا (٢) أن يكون المضرور راضيا بما وقع عليه من ضرر.

الصورة الأولى: الخطأ المتعمد، إما أن يكون الخطأ المتعمد هو خطأ المدعى عليه وإما يكون خطأ المضرور.

- فإذا كان الخطأ المتعمد هو خطأ المدعى عليه، كأن يتعمد المدعى عليه إحداث الضرر فإن مسئوليته تكون كاملة حتى لو ساهم في إحداث الضرر خطأ المضرور غير المتعمد مثال ذلك أن يتعمد سائق سيارة أن يصدم رجلا كفيفا يسير في الطريق دون قائد إذ ليس له أن يحتج بأن المضرور ارتكب خطأ بأن كان يسير في الطريق دون قائد وهو مكفوف البصر.
- أما إذا كان الخطأ المتعمد هو خطأ المضرور نفسه، كما إذا كان المضرور وهو الذى تعمد إحداث الضرر فإن خطأه يستغرق خطأ المدعى عليه وتنتفى مسئولية هذا الأخير لانعدام علاقة السببية. مثال ذلك أن يتعمد المضرور إلقاء نفسه فجأة في طريق سيارة مسرعة بقصد الانتحار، فإن خطأه العمد يجب خطأ السائق في الإسراع وبالتالى لا تقوم مسئولية السائق لانعدام السببية.

الصورة الثانية: رضاء المضرور بالضرر الذى يقع عليه. هذه الصورة تتحقق فقط عندما يكون رضاء المضرور بالضرر خطأ منه، في هذه الحالة يخفف هذا الخطأ من مسئولية المدعى عليه كما هو الشأن في الخطأ المشترك. مثال ذلك أن يرضى المضرور بركوب سيارة غير سليمة وهو عالم بذلك، أو أن يرضى المضرور بأن يركب مع سائق يعلم أنه في حالة سكر بين في هذين المثالين يكون المضرور مخطئا ويترتب على خطئه التخفيف من مسئولية المدعى عليه.

لكن إذا بلغ خطأ المضرور في رضائه بالضرر إلى حد من الجسامة بحيث يستغرق خطأ المدعى عليه فإن ذلك يؤدى إلى انتفاء مسئولية المدعى عليه لانعدام علاقة السببية، مثال ذلك صاحب السفينة الذى يرضى عن بينه بنقل مهربات حربية فتصادر سفينته لا يرجع بشيء على صاحب المهربات.

الحالة الثانية: أن يكون أحد الخطأين نتيجة الخطأ الآخر: إذا كان خطأ المضرور هو نتيجة لخطأ المدعى عليه اعتبر خطأ المدعى عليه وحده هو الذى أحدث الضرر وتكون مسئوليته في هذه الحالة مسئولية كاملة. مثال ذلك أن شخصاً يركب مع صديق له في سيارة يقودها هذا الصديق بسرعة، فيفزع الراكب فيأتى بحركة خاطئة يترتب عليها ضرره. الراكب هنا قد أخطأ، ولكن خطأه كان نتيجة لخطأ صاحب السيارة الذى يقود السيارة بسرعة أفزعت ذلك الراكب فتكون هنا مسئولية صاحب السيارة كاملة لا يخفف منها خطأ المضرور.

أما إذا كان خطأ المدعى عليه نتيجة لخطأ المضرور اعتبر خطأ المضرور هو الذى أحدث الضرر، وبذلك تنتفى مسئولية المدعى عليه لانعدام السببية.مثال ذلك أن يدهس سائق سيارة أحد المارة وكان ذلك راجعاً إلى تحول المضرور المفاجئ من جانب الطريق إلى الطريق الآخر دون أى احتياط وكان هذا الخطأ هو السبب الوحيد للإصابة[1].

الفرض الثاني: استقلال كل من الخطأين عن الآخر واشتراكهما في إحداث الضرر

الفرض هنا أن كلا الخطأين يعتبر سبباً في إحداث الضرر وأن كلا منهما بقى مستقلاً عن الآخر فلم يستغرق أحدهما الآخر. وبهذا نكون بصدد تعدد في المسئولين، المضرور والمدعى عليه، والقاعدة أنه "إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في إلتزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم في التعويض" (م ١٦٩ مدنى) وعلى ذلك يكون المدعى عليه مسئولا عن نصف الضرر ويتحمل المضرور لنصف الآخر. ومع ذلك يجوز للقاضى أن يعين نصيب كل من المدعى عليه والمضرور في التعويض. والقاضى لا يلجأ إلى التوزيع بالتساوى إلا إذا تعذر تحديد جسامة كل خطأ.

---

(١) السنهورى، الوسيط، جـ ١ فقرة ٥٩٤ وما بعدها.

المطلب الثالث

فعل الغير

ـ ولتحديد أثر فعل الغير على مسئولية المدعى عليه يجب أولا أن يقع خطأ من المدعى عليه ويشترك معه في إحداث الضرر فعل الغير، ثانيا يجب أن يكون فعل الغير خطأ. ثالثا، يجب ألا يكون الغير الذى ارتكب الخطأ من بين الأشخاص الذين يعتبر المدعى عليه مسئولا عنهم على النحو السابق بيانه. لكن لا يلزم أن يكون الغير معروفا. فإن ثبت مساهمة الغير في إحداث الضرر بخطئه دون أن يكون معروفا فإنه يبقى مع ذلك هذا الخطأ مؤثرا في مسئولية المدعى عليه[1].

ولمعرفة مدى تأثر خطأ الغير على مسئولية المدعى عليه يجب أن نفرق أيضا بين فرضين، الفرض الأول، استغراق أحد الخطأين للآخر، والفرض الثانى استقلال كل من الخطأين عن الآخر واشتراكهما في إحداث الضرر.

في الفرض الأول: استغراق أحد الخطأين للآخر، إذا استغرق خطأ المدعى عليه خطأ الغير كانت مسئولية المدعى عليه كاملة ولا أثر لخطأ الغير فى هذه المسئولية. إذا استغرق خطأ الغير خطأ المدعى عليه كانت مسئولية الغير كاملة ولا أثر لخطأ المدعى عليه في هذه المسئولية.

ويستغرق أحد الخطأين الآخر، إذا كان أحد الخطأين يفوق الخطأ الآخر في جسامته بأن يكون أحد الخطأين متعمدا، أو أن يكون أحد الخطأين نتيجة للخطأ الآخر.

في الفرض الثانى: استقلال كل من الخطأين واشتراكهما في إحداث الضرر ـ تعدد المسئولين:

وهذا الفرض يفترض أن أحد الخطأين لم يستغرق الآخر وأن كلاً منهما بقى مستقلاً عن الآخر واشتراكهما في إحداث الضرر[2]. وهذا الفرض يتعلق

(١) السنهورى، الوسيط، جـ ١ فقرة ٥٩٧.
(٢) انظر نقض ١٩٩٦/٥/٥ س ٤٧ ص ٧١٧.

بتعدد المسئولين والقاعدة في هذا الصدد أن تكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم في التعويض (م ١٦٩ مدنى).

وإذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وعلى ذلك يجوز للمضرور أن يرجع على أى من المدعى عليه أو الغير بالتعويض كاملا ثم يتقاسم المسئولان مبلغ التعويض فيما بينهم. والأصل أن تكون القسمة بينهم بالتساوى إلا إذا استطاع القاضى أن يحدد جسامة كل من الخطأين فعندئذ يحدد نصيب كل منهما في التعويض بقدر جسامة الخطأ الذى صدر منه.

الفصل الثانى

أثر انعقاد المسئولية

الأثر المباشر لتوافر أركان المسئولية هو المطالبة بتعويض الضرر. ولذلك يجب أن نعرض لدعوى المسئولية، ثم للحكم في دعوى المسئولية، وأخيراً للتعويض.

المبحث الأول

دعوى المسئولية

وندرس هنا طرفا الدعوى، ثم نعرض بعد ذلك لعبء الإثبات، وأخيراً لتقادم الدعوى.

المطلب الأول

طرفا الدعوى

وطرفا الدعوى هو المدعى، وهو المضرور، والمدعى عليه، وهو المسئول أو نائبه أو خلفه العام.

أولاً: المدعى

ونحدد هنا شخص المدعى، ثم نعرض بعد ذلك لضرورة توافر شرط المصلحة في الدعوى التى يرفعها المدعى.

١- المدعى هو المضرور: المدعى في دعوى المسئولية هو المضرور، فهو الشخص الذى يحق له أن يطالب بالتعويض، لكن أحياناً ترفع الدعوى باسم المضرور بمعرفة أشخاص آخرين.

أ- إذا لم يكن المضرور أهلية التقاضى يرفع الدعوى بواسطة نائبه القانونى كالولى أو الوصى أو القيم.

ب- إذا كان المضرور رشيداً قد يرفع دعوى المسئولية نيابة عنه الوكيل أو السنديك في حالة إفلاس المضرور

جـ- إذا كان المضرور قد مات بعد حدوث الضرر فإن الذى يباشر دعوى المسئولية خلفه وهنا يجب أن نميز بين الضرر المادى والضرر الأدبى.

فإذا كان الضرر مادياً انتقل الحق في التعويض إلى ورثته ويستطيع دائن المضرور أن يطالب بهذا التعويض باسم مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة.

أما إذا كان الضرر أدبياً فإنه لا ينتقل إلى خلف المضرور إلا إذا تحدد بموجب اتفاق أو طالب به المضرور أمام القضاء.

٢- المصلحة الشخصية والمصلحة الجماعية:

- قد يتعدد المضرورين عن الخطأ الواحد، فقد يكون الشخص الذى وقع عليه الفعل الضار ذاته، ويعبر عنه بالمضرور أو المصاب الأصلى La victime، وقد يكون شخصاً آخر لحقه ضرر نتيجة للضرر الذى أصاب ذلك المضرور الأصلى، وهو ما يعبر عنه بالضرر المرتد dommage réfléchi ou par *rcochet* كالضرر الشخصى الذى يصيب الأب بسبب قتل ولده والضرر الذى يصيب الزوجة بسبب إصابة زوجها أو قتله.

ويترتب لكل واحد من المضرور الأصلى أو الأشخاص الذين لحق كلا منهم ضرر مرتد، حق في التعويض متميز عن حقوق الآخرين، ويجوز لكل واحد من هؤلاء الدائنين أن يطالب بالتعويض الذى يستحقه مستقلاً عن الآخرين، فتقبل دعوى الواحد منهم وترفض دعوى الآخرين بحسب ما إذا توافرت شروط استحقاق التعويض أو لم تتوافر. ويجوز لهم أن يجمعوا طلباتهم في دعوى واحدة، ولكن هذه الدعوى تعتبر مشتملة على دعاوى متميزة، فيحكم لكل واحد منهم بالتعويض الذى يستحقه، وقد يحكم فيها بإجابة بعض الطلبات دون البعض الآخر، فلا تتأثر دعوى الواحد منهم بدعاوى الآخرين، ولا يكون بينهم تضامن في الدائنية.

- وقد يقع الضرر على جماعة، وهنا يجب أن نميز بين ما إذا كانت لهذه الجماعة شخصية معنوية أو لم يكن لها ذلك، فإذا كانت للجماعة شخصية معنوية

كشركة أو جمعية أو نقابة، فيجب التفرقة بين المصلحة الفردية، لأى فرد من الأفراد الذين تتكون منهم الجماعة، والمصلحة الجماعية الشخصية للشخص المعنوى ذاته، والمصلحة الجماعية العامة التى يقوم عليها هذا الشخص المعنوى باعتباره منتميا إلى مهنة معينة.

ومثال المصلحة الفردية، أن تمنع النقابة العامل من ممارسة العمل دون حق فإن العامل يرجع على النقابة لحماية مصلحته الفردية.

ومثال المصلحة الجماعية الشخصية، أن يرتكب أحد مديرى النقابة خطأ في إدارتها سبب خسارة للنقابة، فترجع النقابة بالتعويض على المسئول ولا يجوز لأى عضو من أعضائها أن يعتبر نفسه هو المضرور.

ومثال المصلحة الجماعية العامة، إن صاحب العمل لم يراع قوانين العمل في مصنعه فإن للنقابة أن ترجع عليه للدفاع عن المصالح العامة للعمل.

أما إذا كانت الجماعة لا تتمتع بشخصية معنوية، كرجال الجيش ورجال القضاء فإن لهذه الجماعة مصالح عامة قد يعتدى عليها. ومع ذلك لا يجوز لها أن ترجع على المعتدى للمطالبة بالتعويض، كما لا يجوز لأحد باعتباره ممثلا للجماعة أن يرجع على المسئول بالتعويض. وإنما يجوز لأى فرد من أفراد الجماعة أن يطالب المسئول بالتعويض، بشرط أن يثبت أن ضررا شخصيا قد لحقه من جراء هذا الاعتداء.

ثانيا: المدعى عليه

وهنا نحدد المدعى عليه في دعوى المسئولية، ثم نعرض بعد ذلك لتعدد المسئولين.

١- المدعى عليه هو المسئول أو نائبه أو خلفه:

ترفع الدعوى على من ارتكب الفعل الضار أو من يكون مسئولا عن مرتكب ذلك الفعل، كالولى أو الوصى أو القيم إذا كان مرتكب الفعل الضار قاصرا أو محجورا عليه.

ويحل محل المسئول خلفه كالوارث، ولكن التركة هى التى تكون مسئولة بعد موت المسئول وترفع الدعوى على الوارث بصفته ممثلا للتركة.

٢- تعدد المسئولين: إذا ارتكب الفعل الضار عدة أشخاص كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر (م١٦٩ مدنى) وعلى ذلك يجوز للمدعى أن يقيم الدعوى عليهم جميعا كما يجوز له أن يرفع الدعوى على أحدهم ويطالبه بكل التعويض ثم يرجع من دفع التعويض على الباقى بالتساوى أو بقدر جسامة خطأ كل منهم.

المطلب الثانى

عبء الإثبات

يقع عبء إثبات جميع أركان المسئولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر على المدعى[1]. ولما كانت أركان المسئولية التقصيرية كلها وقائع مادية، فإن إثبات أية واقعة منها يجوز بجميع الطرق بما فيها القرائن والشهادة.

لكن قد يعفى القانون المدعى من هذا الإثبات بافتراض وجود أحد هذه الأركان سواء كان هذا الافتراض قابلا لإثبات العكس أو غير قابل لذلك.

أولا: افتراض الخطأ:

هذا الافتراض قد يكون قابلا لإثبات العكس أو قد يكون غير قابل لذلك.

١- افتراض القانون الخطأ في جانب الشخص افتراضا يقبل إثبات العكس، في هذه الحالة يعفى المضرور من إثبات الخطأ -مثال ذلك مسئولية متولى الرقابة على النحو السابق بيانه.

(١) ليس لمحكمة الموضوع أن تقيم المسئولية التقصيرية على خطأ لم يدعيه المدعى متى كان أساسها خطأ مما يجب إثباته إذ أن عبء إثبات الخطأ يقع في هذه الحالة على عاتق المدعى المضرور فلا يصح للمحكمة أن تتطوع بإثبات ما لم يثبته ومن باب أولى ما لم يدعيه من الخطأ كما لا يجوز لها أن تنتحل ضررا لم يقل به لأنه هو الملزم أيضا بإثبات الضرر، نقض ١٩٦٧/٦/٢٢ س ١٨ ص ١٣١٦، ١٩٩١/٥/٢٨ الطعن ٢٣٧٧ لسنة ٦٠ ق.

٢- افتراض القانون الخطأ في جانب الشخص افتراضا لا يقبل إثبات العكس كما في مسئولية حارس الحيوان ومسئولية حارس البناء، في القانون المصرى، ومسئولية حارس الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة الآلات الميكانينية في القانون المصرى.

فالقانون هنا يفترض الخطأ افتراضا لا يقبل إثبات العكس، ولا يعفى المدين من المسئولية إلا أن يثبت انعدام السببية بين الضرر والخطأ.

ثانيا: افتراض الضرر:

هذا الافتراض قد يكون قابلا لإثبات العكس وقد يكون غير قابل لإثبات العكس.

١- القانون قد يفترض وجود الضرر افتراضا لا يقبل إثبات العكس مثال ذلك ما نصت عليه المادة ٢٢٨ مدنى مصرى من أنه "لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير قانونية كانت أو اتفاقية، أن يثبت الدائن ضررا لحقه من هذا التأخير". على ذلك إذا افترضنا أن هناك اتفاقا بين المضرور والمسئول على مقدار التعويض الذى يدفعه الثانى للأول فأن فوائد التأخير تستحق دون حاجة لإثبات الضرر وليس للمدين أن يثبت عدم وجود ضرر.

٢- القانون قد يفترض وجود الضرر افتراضا قابلا لإثبات العكس. مثال ذلك ما نصت عليه المادة ١/٢٢٤ مدنى مصرى من أنه "لا يكون التعويض الاتفاقى مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر" على ذلك إذا اتفق المضرور والمسئول على إعادة الشيء إلى أصله ووضعا شرطا جزئيا على عدم التنفيذ أو التأخير فيه، وحدد المتعاقدان مداه وقيمته فإن الدائن يستحق هذا التعويض الاتفاقى دون أن يكون عليه إثبات الضرر لوجود قرينة قانونية في صالحه ولكن هذه القرينة تقبل إثبات العكس، فالمدين يستطيع أن يثبت عدم وجود الضرر[1].

---

(١) نقض ١٩٨٣/١/١١ الطعن ٧٤٣ لسنة ٤٩ ق.

ثالثا: افتراض رابطة السببية:

كذلك قد يفترض القانون علاقة السببية بين الخطأ والضرر. لكن هذه القرينة دائما وأبدا قابلة لإثبات العكس في ظل المسئولية القائمة على الخطأ، سواء الثابت أو المفروض وذلك على عكس المسئولية الموضوعية حيث لا يجوز دفع هذه المسئولية بإثبات السبب الأجنبى ما دام الضرر قد وقع من جراء النشاط ولو بغير خطأ من المسئول.

ولذلك في الحالات التى يفترض فيها القانون وقوع الخطأ يفترض في نفس الوقت علاقة السببية لكن مع فارق هام وهو أن قرينة الخطأ قد تكون غير قابلة لإثبات العكس أما قرينة السببية فتكون دائما قابلة لإثبات العكس.

فالمكلف بالرقابة تقوم ضده قرينة الخطأ وقرينة السببية. والقرينتان قابلتان لإثبات العكس. إذ يستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسئولية إذا ثبت أنه قام بواجب الرقابة، وهذا هو نفى الخطأ، أو أثبت أن الضرر كان لابد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغى من العناية، وهذا هو نفى لعلاقة السببية على النحو السابق بيانه.

وحارس الحيوان وحارس الآلات الميكانيكية والأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة، وحارس البناء، فكل واحد من هؤلاء تقوم ضده قرينة الخطأ وقرينة السببية. وقرينة الخطأ هنا قاطعة لا يجوز إثبات عكسها أما قرينة السببية فيجوز إثبات عكسها بإثبات السبب الأجنبى.

سلطة محكمة الموضوع ورقابة محكمة النقض:

يتعين على محكمة الموضوع أن تتقصى، في كل حالة، من تلقاء نفسها الحكم القانونى الصحيح المطبق على العلاقة بين طرفى دعوى التعويض، وأن تنزله على الواقعة المطروحة عليها باعتبار أن كل ما تولده للمضرور من حق في التعويض عما أصابه من ضرر قبل من أحدثه أو تسبب فيه إنما هو السبب المباشر المولد لدعوى التعويض، مهما كانت طبيعة المسئولية التى إستند إليها المضرور في تأييد طلبه، أو النص القانونى الذى اعتمد عليه في ذلك، لأن هذا الاستناد يعتبر من وسائل الدفاع في دعوى التعويض التى يتعين على محكمة

الموضوع أن تأخذ منها ما يتفق وطبيعة النزاع المطروح عليها، وإن تنزل حكمه على واقعة الدعوى، ولا يعد ذلك منها تعبيرا لسبب الدعوى أو موضوعها مما لا تملكه من تلقاء نفسها"[١]. وعلى ذلك إذا كانت محكمة الموضوع قد طبقت خطأ أحكام المسئولية التقصيرية دون قواعد المسئولية الواجبة التطبيق، فإنه يجوز لمن تكون له مصلحة في إعمال هذه القواعد أن يطعن في الحكم بطريق النقض على أساس مخالفته للقانون، ولم يكن قد نبه محكمة الموضوع إلى وجوب تطبيق تلك القواعد لالتزامها هي بإعمال أحكامها من تلقاء نفسها"[٢].

لقاضي الموضوع السلطة التامة في فهم الواقع في الدعوى من دلائلها المقدمة له تقديما صحيحا ولا رقابة عليه في ذلك لمحكمة النقض[٣]، وعلى ذلك استخلاص ثبوت الضرر أو نفيه من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع ما دام الدليل الذي أخذ به في حكمه مقبولا قانونا[٤]، كما أن استخلاص الخطأ الموجب للمسئولية هو مما يدخل في حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع ما دام هذا الاستخلاص سائغا ومستمدا من عناصر تؤدي إليه من وقائع الدعوى[٥]. وأخيرا فإن استخلاص محكمة الموضوع لعلاقة السببية بين الخطأ والضرر هو مما يدخل في تقديرها متى كان سائغا[٦] لكن مما يجدر ملاحظته أن تكييف الفعل المؤسس عليه طلب التعويض بأنه خطأ أو نفي هذا الوصف عنه من المسائل التي يخضع قضاء الموضوع فيها لرقابة محكمة النقض وتمتد هذه الرقابة إلى تقدير الوقائع فيما يستلزمه التحقق من صحة استخلاص

---

(١) نقض ١٩٧٣/١٢/١١ س ٢٤ ص ٢٤٣، ١٩٨٥/١٢/٥ الطعن ١٠٣٣ س ٥٢ ق، ١٩٩٠/١٢/١٣ الطعن ٥٠١ لسنة ٥٧ ق.
(٢) نقض ١٩٧٣/٦/١٢ س ٢٤ ص ١٢٤٣.
(٣) نقض ١٩٩٥/٥/٢١ س ٤٦ ص ٧٦١، ١٩٩٦/٧/٨ س ٤٧ ص ١١١٤.
(٤) نقض ١٩٧٠/١٢/٣١ س ٢٠ ص ٣١١، ١٩٧١/٤/٨ ص ٢٢ ص ٤٤٣.
(٥) نقض ١٩٧٣/٦/١٢ س ١٤ ص ٨٩٤، ١٩٩٠/٣/٢٢ الطعن ٨٥٩ لسنة ٥٧ق، ١٩٩٠/٤/٢٢ الطعن ٢٧٥٩ لسنة ٥٩ق، ١٩٩٠/٥/١٠ الطعن ١١٢٤ لسنة ٥٨ق، ١٩٩٠/١٢/١٣ الطعن ٥٠١ لسنة ٥٧ق، نقض ١٩٩٥/١/١٩ الطعن ٢٩٥٣ لسنة ٦٠ ق س ٤٦ ص ١٩٧، ١٩٩٦/٥/٥ س ٤٧ ص ٧١٧.
(٦) نقض ١٩٧١/١٢/٢١ س ٢٢ ص ١٠٦٢، ١٩٧٤/١٢/٣١ س ٢٥ ص ١٥١٩.

الخطأ من تلك الوقائع والظروف التي كان لها أثر في تقدير الخطأ واستخلاصه[1].

المطلب الثالث

تقادم دعوى المسئولية

نصت المادة ١٧٢ مدني على أن "تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه. وتسقط هذه الدعوى في كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع".

"على أنه إذا كانت الدعوى ناشئة عن جريمة، وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة السابقة، فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية"[2].

يتبين من هذه المادة أن مدة سقوط دعوى المسئولية التقصيرية تختلف بحسب ما إذا قامت على خطأ مدني لا يعتبر جريمة، أو إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة جنائية.

أولا: إذا كانت الدعوى قائمة على خطأ مدني لا يعتبر جريمة.وفي هذه الحالة تسقط دعوى المسئولية بأقصر المدتين ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة.

١- تسقط هذه الدعوى بمضي ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عن الضرر[3]. ومن ثم لا يبدأ

---

(١) نقض ١٩٩٠/١٠/١٨ الطعن ٩٦٣ لسنة ٥٤ ق، ١٩٩٠/١٢/١٣ الطعن ٥٠١ لسنة ٥٧، ١٩٩٥/٢/٨ س ٤٦ ص ٣٤٩، ١٩٩٥/٣/١٥ س ٤٦ ص ٤٨٣، ١٩٩٥/١١/٢٣ س ٤٦ ص ١٢١٩.

(٢) انظر في انطباق هذا النص على جميع أنواع المسئولية التقصيرية نقض ١٩٦٤/١١/٥ س ٩٥ ص ١٠٠٧، ١٩٩١/١/٣١ الطعن ١٢٦ لسنة ٥٤ ق.

(٣) والمقصود بالعلم لبدء سريان التقادم الثلاثي هو العلم الحقيقي الذى يحيط بوقوع الضرر وبشخص المسئول عنه باعتبار أن انقضاء ثلاث سنوات من يوم هذا العلم ينطوي على تنازل المضرور عن التعويض الذى فرضه القانون على الملتزم دون ارادته مما يستتبع=

سريان التقادم من يوم وقوع الضرر، ويترتب على ذلك أنه قد يمضى على وقوع الضرر مدة تزيد على ثلاث سنوات دون أن تتقادم دعوى المسئولية، وذلك إذا لم يعلم المضرور بالضرر وقت وقوعه أو علم به وقت وقوعه ولكنه لم يعلم بالشخص المسئول عنه. أما إذا علم المضرور بوقوع الضرر وبالشخص المسئول عنه في اليوم الذى وقع فيه الضرر وهذا ما يحدث غالبا فإن دعوى المسئولية تتقادم بانقضاء ثلاث سنوات من وقت وقوع الضرر.

٢- تسقط هذه الدعوى في كل حال بعد مضى خمس عشرة سنة من يوم وقوع الضرر وهذا لا يتحقق إلا إذا كان المضرور لم يعلم بوقوع الضرر أو بالشخص المسئول عنه إلا بعد مدة طويلة لا تقل عن ١٣ سنة إذا في هذه الحالة تتقادم دعوى المسئولية بانقضاء خمس عشر سنة من وقت وقوع الضرر لأنها الأقصر إذا لم يبق سوى سنتين لتكتمل هذه المدة وهى أقصر من مدة الثلاث سنوات التى ستبدأ في السريان.

ثانيا: إذا كانت دعوى المسئولية نشأت عن جريمة جنائية. في هذه الحالة تتبع الدعوى المدنية الدعوى الجنائية ولكن العكس غير صحيح فإذا كانت الدعوى المدنية تسقط بحسب الأصل بأقصر المدتين ثلاث سنين وخمس عشرة سنة والدعوى الجنائية تسقط بعشر سنين (في الجنايات م ١٥ إجراءات جنائية) فقد يترتب على ذلك أن تسقط الدعوى المدنية قبل الدعوى الجنائية، ومن ثم يمكن أن يحكم على الجانى بعقوبة جنائية ولا يمكن مطالبته بتعويض بسبب سقوط الدعوى المدنية. هذه النتيجة الشاذة رأى القانون أن يتلافاها فنص على أن الدعوى المدنية لا تسقط قبل الدعوى الجنائية بل تبقى ما بقيت الدعوى الجنائية وذلك حتى يستطيع المضرور أن يحصل على تعويض إذا ما عوقب الجانى[1].

=سقوط دعوى التعويض بمضى مدة التقادم ولا وجه لافتراض هذا التنازل من جانب المضرور وترتيب حكم السقوط في حالة العلم الضمني، نقض ١٩٦٨/٤/٢ س ١٩ ص= ٧١٩، ١٩٧٥/٥/٢٠ س ٢٦ ص ١٠١٧، ١٩٧٨/٦/٥ س ٢٩ ص ٤١٠١، ١٩٨١/٣/١٧ س ٣٢ ص ٨٤٥، ١٩٩١/٣/١٤ الطعن ٢١٢٩ لسنة ٥٦ ق، ١٩٩٦/٢/١ س ٤٧ ص ٢٨٤.

(١) إذا كانت الدعوى الجنائية تسقط بمدة أطول سرت هذه المدة في شأن سقوط الدعوى المدنية ويترتب على ذلك إذا كان مدة تقادم دعوى التعويض قد بدأت في السريات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر والشخص المسئوليه وكانت الدعوى=

لكن ليس هناك ما يمنع من أن تسقط الدعوى الجنائية قبل سقوط الدعوى المدنية، كأن لا يعلم المجنى عليه بالجانى إلا بعد عشر سنوات، عندئذ تكون الدعوى العمومية قد سقطت، وتبقى الدعوى المدنية حيث أنها لا تسقط إلا بعد ثلاث سنوات من تاريخ العلم بحدوث الضرر وبشخص الجانى أو خمس عشرة سنة من تاريخ وقوع الجناية.

المبحث الثانى

الحكم الصادر في دعوى المسئولية

وهنا سندرس مسألتين، الأولى متعلقة بطبيعة هذا الحكم، والثانية متعلقة بحجية هذا الحكم بالنسبة للقاضى المدنى، وحجية الحكم الجنائى بالنسبة إلى القاضى المدنى.

المطلب الأول

طبيعة الحكم الصادر فى دعوى المسئولية[1]

ترتبط طبيعة الحكم الصادر فى دعوى المسئولية بتساؤل سابق وهو عما إذا كان مصدر الحق فى التعويض هو العمل غير المشروع أو هو الحكم. فإذا

=الجنائية قد رفعت على الجانى دون الدعوى المدنية فان مدة التقادم في هذه الحالة تقف بحكم القانون طوال مدة المحاكمة الجنائية ولا يعود التقادم الثلاثى إلى السريان إلا عند صدور الحكم النهائى. بإدانة الجانى أو عند انتهاء المحاكمة لأى سبب ويكون للمضرور بعد ذلك وقبل أن تكتمل مدة التقادم الثلاثى أن يرفع دعواه المدنية بالتعويض أمام المحاكم المدنية انظر نقض ١٩٧٥/٥/٢٥ س ٢٦ ص ١٠٦٨، ١٩٨١/١١/٢٦ س ٣٢ ص ٢١١١، ١٩٨٥/١١/١٩ الطعن ٨٩١ لسنة ٥١ق، ١٩٩٠/٢/١٥ الطعن ١٠٤٧ لسنة ٥٨ ق، ١٩٩٠/٥/٢٩ الطعن ٧٣٤ لسنة ٥٦ ق، ١٩٩٦/١/٢١ س ٤٧ ص ١٩٩.

(١) انظر فى ذلك لالو، المسئولية المدنية، الطبعة الرابعة، فقرة ١١١ مكرر، مازو، جـ٢، فقرة ٢٤٦، وما بعدها بلانيول وريبر بولانجى، جـ٢، فقرة ١١٤٣، السنهورى، الوسيط، جـ١، فقرة ٦٣٧، ٦٣٩.

H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, Op. cit, Par F. Chabas, nos 619 à 620 – 1 p. 725 à 732; Ph. Le Tourneau, L. Cadied, Op, cit no 1425 p. 383 ets.

كان مصدر الحق فى التعويض هو العمل غير المشروع فإن الحكم لا يعدو أن يكون كاشفاً لهذا الحق، أما إذا كان مصدر هذا الحق هو الحكم فإن الحكم يكون منشئاً له. ولنر ذلك بشيء من التفصيل.

أولاً : الحكم فى دعوى المسئولية كاشف أو مقرر للحق فى التعويض

مضمون هذا الرأى أن حق المضرور فى التعويض ينشأ عن العمل غير المشروع الذى ارتكبه المسئول. وينشأ هذا الحق من وقت وقوع الضرر لا من وقت ارتكاب الخطأ. وعلى ذلك فالحكم لا ينشئ الحق فى التعويض وإنما هو يقرر الحق الذى نشأ وفقاً للقانون من العمل غير المشروع. ويقتصر أثر الحكم على أن يجعل الحق فى التعويض مقدراً ومستحقاً وقابلاً للتنفيذ. ويترتب على ذلك عدة نتائج.

١- يستطيع ورثة المضرور أن يرفعوا عن المتوفى الدعوى التى لم يرفعها هذا الأخير حال حياته بصفة خاصة بالنسبة للضرر المادى. وذلك لأن حق المضرور كان موجوداً منذ وقوع العمل غير المشروع وأن هذا الحق انتقل بعد وفاته إلى خلفه العام.

٢- يجوز للمضرور أن يتصرف فى حقه من يوم وقوع الضرر دون أن يكون عليه أن ينتظر حتى صدور الحكم.

٣- القانون الواجب التطبيق هو القانون الذى كان موجوداً وقت وقوع العمل غير المشروع لا القانون الذى يكون موجوداً وقت الحكم.

٤- يسرى التقادم فى دعوى المسئولية من وقت وقوع الضرر أو من وقت العلم بالضرر وبالمسئول عنه لا من وقت صدور الحكم.

٥- أن المضرور يصبح دائناً بالحق فى التعويض من وقت وقوع الضرر فإذا قام المسئول بعد ذلك بإبرام تصرفات أضراراً بالدائنين وحتى يفلت من دفع مبالغ التعويض فإن للمضرور أن يلجأ للدعوى البوليصية حتى ولو لم يصدر بعد الحكم بالتعويض.

٦- للمضرور، إلى جانب التعويض الأصلى، تعويض عن التأخير يسرى من وقت وقوع الضرر فالقاضى يقدر التعويض عن الضرر داخلاً فى اعتباره الضرر الأصلى والضرر الناشئ عن التأخير فى دفع التعويض إلى يوم النطق بالحكم.

أهمية الحكم الصادر بتقرير التعويض

طبقاً لهذا الرأى إذا كان الحكم لا ينشئ الحق فى التعويض، فإنه مع ذلك يقوم الحق ويقدره فى الغالب بمبلغ من النقود ومن ثم فهو يقويه ويتجلى ذلك فيما يلى :

١- إن الحق بعد صدور الحكم لا يصبح قابلاً للسقوط بالتقادم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور الحكم (م ٢/٣٨٥ مدنى).

٢- إن المضرور بعد الحصول على حكم واجب النفاذ يستطيع أن يأخذ حق اختصاص على عقار لمدينة ضماناً للحصول على حقه فى التعويض.

٣- أن الحق فى التعويض بعد صدور الحكم النهائى يصبح قابلاً للتنفيذ به على أموال المدين.

ثانياً : الحكم فى دعوى المسئولية ينشئ الحق فى التعويض

مضمون هذا الرأى أن الحق فى التعويض لا ينشأ من العمل غير المشروع وإنما ينشأ من الحكم الصادر فى دعوى المسئولية. وعلى ذلك فالحكم

الصادر بالتعويض فى دعوى المسئولية يعتبر حكماً منشئاً وليس كاشفاً. ويترتب على ذلك النتائج التالية :

١- يجب على القاضى أن يقدر الضرر وقت الحكم.

٢- لا يستحق تعويض عن التأخير إلا من اليوم الذى يحوز فيه الحكم قوة الشىء المقضى.

٣- لا يحتج بالصلح الذى يحصل عليه المسئول على المضرور إذا كان الحكم الذى صدر له بالتعويض لاحقا على المصادقة على الصلح لأن حقه لم يكن موجودا وقت الصلح وإنما نشأ بعد ذلك من يوم الحكم.

والرأى الأول هو الأولى بالاتباع حيث أنه أقرب إلى العقل والمنطق أن يكون مصدر الحق فى التعويض هو العمل غير المشروع لا الحكم الصادر بالتعويض كما أن الأصل فى الأحكام أن تكون كاشفة لا منشئة.

المطلب الثانى

حجية الشىء المقضى فى مواد المسئولية

لا تثبت حجية الشىء المقضى إلا للأحكام القضائية القطعية، وهى لا تثبت إلا لمنطوق الحكم وللأسباب التى ارتبط بها المنطوق ارتباطا وثيقا بحيث لا يكون له قوام إلا بها.

ولا تثبت حجية الشىء المقضى إلا فى حدود النزاع الذى صدر فيه الحكم، ولذلك فإن هذه الحجية نسبية لا تسرى إلا بين الخصوم وفى الموضوع ولنفس السبب.

وبصدد الحجية يجب أن نعرض لمسألتين، الأولى حجية الأحكام الصادرة من القضاء المدنى فى دعوى المسئولية التقصيرية، والثانية حجية الأحكام الصادرة من القضاء الجنائى بصدد الفعل الذى شكل خطأ مدنيا.

أولاً : حجية الحكم المدنى بالنسبة للقاضى المدنى

تنص المادة ١٠١ إثبات مصرى على أن "الأحكام التى حازت قوة الأمر المقضى تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة. ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا فى نزاع قام بين نفس الخصوم، دون أن تتغير صفاتهم، وتعلق بذات الحق محلاً وسبباً".

والمادة هنا تتكلم عن قوة الأمر المقضى وهذه القوة لا تكون إلا للأحكام النهائية، وهى التى لا تقبل الطعن بطريق الطعن العادى، وهو الاستئناف والمعارضة، ولو كانت قابلة للطعن فيها بطريق غير عادى، كالطعن بالنقض والتماس إعادة النظر، أما حجية الشىء المقضى فإنها تثبت لك حكم قطعى سواء كان هذا الحكم قابلاً للطعن فيه بإحدى طرق الطعن العادية أو غير العادية أو غير قابل لذلك فلا يجوز فى دعوى ثانية بين نفس الخصوم، إعادة طرح النزاع ذاته الذى فصل فيه الحكم. وبعد هذه الملحوظة المبدئية نخلص إلى أن الحكم الصادر من قضاء مدنى لا يحوز حجيته بالنسبة إلى قضاء مدنى آخر إلا إذا توافرت شروط ثلاثة :

١- وحدة الخصوم.

٢- وحدة الموضوع.

٣- وحدة السبب.

ولنر ذلك بشىء من التفصيل.

١- وحدة الخصوم

إذا تعدد المضرورون فإن الحكم الصادر فى مواجهة أحدهم لا يكون له حجية فى مواجهة الباقين لكن هذا الحكم له حجية فى مواجهة الخلف العام، والدائنين والخلف الخاص.

والعبرة فى اتحاد الخصوم باتحاد صفاتهم، فإذا رفعت الدعوى من وصى أو قيم بصفته نائباً عمن هو تحت وصايته أو قوامته، أو رفعت عليه

الدعوى بهذه الصفة، فإن الحكم الصادر فيها يحوز حجية الشيء المقضى بالنسبة للأصيل الخاضع للوصاية أو القوامة.

٢- وحدة الموضوع

ويقصد بذلك أن يكون موضوع الدعوى الجديدة هو ذات الموضوع الذى فصل فيه الحكم السابق. وموضوع دعوى المسئولية هو إصلاح ضرر معين أو جزء من ذلك الضرر بطريقة ما وعلى ذلك فإن الحكم الصادر بشأن دعوى إصلاح ضرر معين أو جزء من ضرر لا يحوز الحجية بالنسبة إلى دعوى إصلاح ضرر آخر ناشئ عن نفس الخطأ وعلى العكس من ذلك فإن الحكم الصادر بشأن دعوى إصلاح ضرر معين أو جزء من ضرر يكون له الحجية بالنسبة إلى دعوى إصلاح نفس الضرر أو نفس الجزء من الضرر بطريقة أخرى.

٣- وحدة السبب

سبب دعوى المسئولية هو إخلال المسئول بمصلحة مشروعة للمضرور، سواء كانت الوسيلة الذى يتمسك بها المضرور هى أن المسئول ارتكب خطأ عقدياً أو خطأ تقصيرياً، وسواء كان الخطأ التقصيرى خطأ ثابتاً أو خطأ مفترضاً، وسواء كان الخطأ المفترض يقبل إثبات العكس أو لا يقبل ذلك. وعلى ذلك إذا كانت الدعوى التى قضى له فيها قد أقامها على أساس خطأ تقصيرى فلا يجوز له أن يرفع دعوى أخرى يقيمها على أساس خطأ عقدى إذ تمنع من هذا وحدة السبب.

ثانياً : حجية الحكم الجنائى بالنسبة إلى القاضى المدنى

إذا كان كل من الدعويين المدنية والجنائية اللتين تنشآن من الفعل الضار الذى يكون جريمة جنائية دعويين مستقلتين ومتميزتين كل منهما عن الأخرى من حيث الموضوع والخصوم والسبب إذ أن السبب وإن كان هو نفس الفعل الضار الذى يكون جريمة جنائية فهو منظور إليه فى كل منهما من زاوية مختلفة عن الزاوية التى ينظر إليها منها إلى الدعوى الأخرى، ومع ذلك نصت المادة ٢٦٥ إجراءات جنائية على أنه "إذا رفعت الدعوى المدنية أمام المحاكم المدنية يجب

وقف الفصل فيها حتى يحكم نهائياً فى الدعوى الجنائية المقامة قبل رفعها أو أثناء السير فيها".

رأى المشرع حرصاً منه على تفادى التضارب بين الأحكام الجنائية والأحكام المدنية أن يجعل للأحكام الجنائية حجية أمام المحاكم المدنية وقبل الكافة.

ولذلك إذا صدر حكم نهائى من محكمة جنائية فى جريمة معينة فإن هذا الحكم يقيد القاضى المدنى بالنسبة إلى الدعوى المدنية المرفوعة عن نفس الفعل الضار المكون للجريمة.

وقد نصت المادة ١٠٢ من قانون الإثبات على أن "لا يرتبط القاضى المدنى بالحكم الجنائى إلا فى الوقائع التى فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً".

وعلى ذلك فالقاضى المدنى يرتبط بالحكم الجنائى فى الوقائع دون القانون، ثم أنه لا يتقيد به فى جميع الوقائع بل فى الوقائع التى يكون الفصل فيها ضرورياً لقيام الحكم الجنائى. ولنر ذلك بشىء من التفصيل.

القيد الأول : القاضى المدنى يرتبط بالحكم الجنائى فى الوقائع دون القانون

المبدأ أن القاضى المدنى لا يرتبط إلا بالوقائع التى فصل فيها القاضى الجنائى ولكنه لا يتقيد بالتكييف القانونى الذى أعطاه القاضى الجنائى لهذه الوقائع من الناحية الجنائية.

فإذا قدم سائق سيارة إلى القاضى الجنائى بتهمة القتل خطأ، ولكن قدر القاضى الجنائى أن الوقائع التى ثبتت لا يمكن تكييفها من الناحية الجنائية بأنها خطأ معاقب عليه، فالقاضى المدنى، فى هذه الحالة، لا يتقيد بهذا التكييف الجنائى بل يلتزم بالتكييف المدنى للوقائع ومقتضى هذا التكييف افتراض الخطأ فى جانب السائق ومن ثم يستطيع القاضى المدنى أن يحكم بالتعويض على السائق الذى حكم القاضى الجنائى ببراءته.

القيد الثاني : لا يرتبط القاضي المدني بما فصل فيه القاضي الجنائي من الوقائع إلا بما كان الفصل فيه ضرورياً لقيام الحكم الجنائي وعلى ذلك فلا تحوز حجية الحكم الجنائي الوقائع التي لم يكن فصل القاضي فيها ضرورياً لقيام هذا الحكم، وبالتالي لا يرتبط بها القاضي المدني. وقد جرى القضاء على أن لا تحوز حجية الحكم الجنائي الأسباب التي لم تكن ضرورية للحكم بالبراءة أو بالإدانة، ولنر ذلك :

الفرض الأول : إذا كان الحكم الجنائي صادراً بالإدانة

القاضي المدني لا يتقيد هنا أيضاً إلا بالوقائع التي كان الفصل فيها ضرورياً لقيام الحكم الجنائي. ولنستعرض ذلك بالنسبة لأركان المسئولية.

١- بالنسبة لركن الخطأ فإن القاضي الجنائي لابد وأن يتعرض له ولن يثبته حتى يستطيع أن يصدر حكم بالإدانة. وعلى ذلك فإنه يتعين على القاضي المدني أن يتقيد في حكمه من الناحية المدنية بوجود الخطأ سواء في ركنه المادي أو المعنوي.

فمثلاً إذا أثبت القاضي الجنائي وجود الاعتداء تقيد القاضي المدني بذلك ولا يجوز له أن يقضي على خلافه. وإذا ثبت القاضي الجنائي نسبة الخطأ إلى الجاني تقيد القاضي المدني بذلك. كما أن وصف القاضي الجنائي للخطأ بأنه عمداً أو غير عمد تقيد القاضي المدني لأن هذا الوصف له تأثير في وصف الجريمة وبالتالي في مقدار العقوبة[1]. وعلى العكس من ذلك وصف القاضي الجنائي للخطأ بأنه جسيم أو يسير لا يقيد القاضي المدني. كما أن القاضي المدني يستطيع أن يؤكد دائماً أن الضرر نشأ من فعل المتهم وحده أو أن يقرر أن المجني عليه أو الغير قد أسهم في إحداث الضرر رغم نفي القاضي الجنائي هذا أو ذاك ليراعي ذلك في تقدير التعويض إعمالاً لنص المادة ٢١٦ من القانون المدني[2].

٢- بالنسبة لركن الضرر، فإنه في بعض الأحيان يكون التعرض له وإثباته ضرورياً لقيام الحكم الجنائي، وفي أحيان أخرى لا يكون كذلك.

(١) انظر في كل ذلك نقض ١٩٩٦/١٢/١٠ س٤٧ ص١٤٩٦.
(٢) نقض ١٩٩٠/٦/٢٧ الطعن ٩٥٠ لسنة ٥٦ ق.

فإذا كان الضرر ركنا فى الجريمة الجنائية وقرر القاضى الجنائى فى حكمه أن هذا الضرر قد وقع بالمجنى عليه تقيد بذلك القاضى المدنى، وكذلك إذا نفى القاضى الجنائى وجود الضرر تقيد القاضى المدنى بذلك.

- أما إذا كان الضرر ليس ركنا فى الجريمة الجنائية، فسواء تعرض له القاضى الجنائى وأثبت وقوعه أو أنكر ذلك فإن القاضى المدنى لا يتقيد بذلك.

٣- بالنسبة لعلاقة السببية، فإنها مرتبطة بالضرر حيث أنه إذا أثبت القاضى الجنائى أن ركن السببية موجود أو غير موجود فمعنى ذلك أنه أثبت وجود أو عدم وجود الضرر. وتقيد القاضى بما يثبته القاضى الجنائى بالنسبة لرابطة السببية يتوقف على ما إذا كان الضرر ركناً فى الجريمة من عدمه كما سبق أن رأينا بصدد ركن الضرر.

الفرض الثانى : إذا كان الحكم الجنائى صادراً بالبراءة

وهنا أيضاً تطبق نفس القاعدة حيث أن القاضى المدنى لا يتقيد إلا بما يعد ضرورياً لقيام الحكم بالبراءة والحكم بالبراءة لا يخرج عن ثلاثة صور :

١- إذا قطعت المحكمة الجنائية بأن الواقعة المسندة إلى المتهم لم تقع أصلاً، أو بأنها لم تقع من المتهم بالذات تقيد بذلك القاضى المدنى.

٢- إذا كان الحكم الجنائى الصادر بالبراءة كان مبيناً على أن ما وقع من المتهم لا يكون الخطأ الجنائى المعاقب عليه. وهنا تقيد القاضى المدنى يتوقف على التفرقة بين حالتين :

الحالة الأولى : أن تكون الجريمة المسندة إلى المتهم من الجرائم العمدية. فى هذه الحالة لا يستتبع نفى القصد الجنائى عند المتهم نفى وقوع خطأ غير متعمد منه كإهمال أو عدم احتياط، وهنا يجوز للقاضى المدنى أن يقضى بالتعويض على أساس الخطأ غير العمد.

الحالة الثانية : أن تكون الجريمة من جرائم الإهمال كجرائم القتل والجرح خطأ، فى هذه الحالة لا يكون للحكم بالبراءة قوة الشىء المقضى بالنسبة للقاضى المدنى إذا كان مبيناً على أن الفعل لا يعاقب عليه القانون (م ٤٥٦

إجراءات جنائية) وذلك راجع إلى أن الخطأ الجنائى يختلف عن الخطأ المدنى فى جرائم الإهمال وبالتالى ليس هناك تناقض بين الحكم بالتعويض والحكم بالبراءة.

٣- إذا كان الحكم بالبراءة مبينا على الشك فى مسئولية المتهم أو على عدم كفاية الأدلة فإن القاضى المدنى يتقيد بذلك طبقا لصريح نص المادة ٤٥٦ إجراءات جنائية حيث تنص على أن "يكون الحكم بالبراءة قوة الشىء المحكوم فيه، سواء بنى على انتفاء التهمة أو على عدم كفاية الأدلة".

فإذا حكم بتبرئة متهم من جريمة تزوير سند لعدم كفاية الأدلة فإنه لا يجوز الإدعاء أمام المحاكم المدنية بتزوير ذلك السند وطلب رده وبطلانه.

المبحث الثالث

التعويض

يتمثل التعويض فى قيام المدين به (المسئول عن الفعل الضار) بأداء للدائن (المضرور) يجبر به الضرر الذى لحقه بسبب الفعل الضار.

وهنا سنعرض لطرق التعويض، ولكيفية تقدير التعويض، ووقت تقدير الضرر، وأخيرا الاتفاقات الخاصة المتعلقة بالتعويض.

المطلب الأول

طرق التعويض

تنص المادة ١٧١ مدنى على أن :

١- يعين القاضى طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطا كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا. ويجوز فى هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينا.

٢- ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضى، تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض".

وعلى ذلك قد يكون التعويض عينياً، أى بعمل يزيل به المسئول الضرر الذى لحق المصاب، وقد يكون نقديا، بدفع مبلغ من النقود يعوض الضرر الذى أحدثه، وقد يكون غير نقدى، ولنر ذلك بشىء من التفصيل.

أولاً : التعويض العينى

لا شك فى أن التعويض العينى هو خير وسيلة لجبر الضرر، فإذا كسر شخص زجاجة سيارة مملوكة لآخر كان خير تعويض لذلك أن يستبدل بالزجاج المكسور غيره من نوعه، أو إذا أتلف شخص تليفون محمول مملوكاً لآخر فإن خير تعويض شراء جهاز آخر من نفس النوع.

ويجوز للقاضى، تبعاً للظروف، وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحال إلى ما كان عليه فالقاضى ليس ملزماً أن يحكم بالتعويض العينى ولكن يجوز له أن يحكم به إذا كان ممكناً، وطالب به الدائن. (انظر نص المادة ٢/١٧١ مدنى).

ولكن الغالب أن يستحيل التعويض العينى، كما هو الحال بالنسبة للضرر الأدبى وكذلك فى الأحوال التى يتعذر إعادة الحالة إلى ما كانت عليه، كأن تصدم سيارة أحد المارة فيبتر ساقه.

ثانياً : التعويض بمقابل

فى الغالب يكون التعويض بمقابل. وقد يكون التعويض بمقابل تعويضاً غير نقدى وذلك كما فى دعاوى السب والقذف إذا يجوز للقاضى بناء على طلب المضرور أن يأمر على سبيل التعويض بنشر الحكم الصادر بإدانة المسئول فى الصحف وهذا ما نصت عليه المادة ٢/١٧١ بقولها : "....... على أنه يجوز للقاضى أن يحكم بأداء معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض".

وقد يكون التعويض بمقابل تعويضاً نقدياً وهذا هو ما يغلب الحكم به فى دعاوى المسئولية التقصيرية.

والتعويض النقدى مبلغ من المال يحكم به للمضرور بدلاً من التعويض العينى وذلك لجبر ما أصابه من ضرر. هذا المبلغ إما أن يكون مبلغاً مجمداً يدفع للمضرور دفعة واحدة أو قسطاً، وإما أن يكون إيراداً مرتباً له مدى الحياة أو مدة معينة.

ويجوز للقاضى فى حالتى التعويض المقسط والإيراد المرتب أن يلزم المسئول بتقديم تأمين.

ويملك القاضى سلطة اختيار طريقة التعويض التى يراها أكفل من غيرها فى جبر الضرر ويسترشد فى ذلك بطلبات المضرور وظروف الحال ولا يخضع فى ذلك لرقابة محكمة النقض.

والأصل أن يكون التعويض نقدياً جرياً مع الغالب من الأحوال، والاستثناء أن يكون غير نقدى، ولذلك نصت المادة ٢/١٧١ مدنى مصرى على أن "يقدر التعويض بالنقد" على أنه يجوز للقاضى.....".

المطلب الثانى

تقدير التعويض

القاعدة فى تقدير التعويض أنه يقدر بقدر الضرر مع مراعاة الظروف الملابسة. ويشمل التعويض ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب وبشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية، للفعل الضار (م١٧٠ مدنى) وعلى ذلك ندرس أولاً، عناصر التعويض، وثانياً، مقدار التعويض.

أولاً : عناصر التعويض

القاعدة فى هذا الصدد أنه يجب أن يكون التعويض مساويا للضرر. وتنص المادة ١٧٠ مدنى على أن القاضى "يقدر مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المضرور، طبقاً لأحكام المادتين ٢٢١، ٢٢٢"، على ضوء هذه النصوص نخلص إلى القواعد التالية :

١- أن التعويض يقدر بقدر الضرر المباشر الذى أحدثه الخطأ، ماديـ كان أو أدبيا سواء كان حالا أو مستقبلا ما دام محققا[١].

ولا يشمل التعويض الضرر غير المباشر، أى الضرر الذى كان المضرور يستطيع أن يتوقاه ببذل جهد معقول[٢]، فمثلا إذا عطل الفعل الضار سيارة نقل مملوكة لتاجر، كان فى وسع هذا أن يبادر إلى إثبات حالتها وإصلاحها منعا لتأخير تجارته، أو أن يشترى أو يستأجر غيرها، فإن لم يفعل فليس له أن يطالب بتعويض عما أصاب تجارته لأن الضرر كان يمكن توقيه ببذل جهد معقول فيعتبر ضررا غير مباشر، وكذلك إذ جرح شخص فى مشاجرة وكان يستطيع أن يضع حدا للضرر بالمبادرة إلى علاج نفسه علاجا صحيحا، ولكنه أهمل فى ذلك ونشأ عن إهماله زيادة فى الضرر، فلا تعتبر هذه الزيادة ضررا مباشرا ولا تدخل فى تقدير التعويض لأنه كان يستطيع أن يتوقاه بالعلاج الصحيح.

٢- يشمل التعويض ما يعتبر ضررا مباشرا سواء كان خسارة لحقت المصاب أو كسبا ضاع عليه[٣]، فمثلا إذا أصاب الفعل الضار مغنيا فى أثناء ذهابه إلى حفلة تعهد بإحيائها، فإن هذا الممثل يستحق تعويضا عن نفقات العلاج وعما قاساه من آلام باعتبار ذلك خسارة لحقت به، ويستحق أيضا تعويضا عن مقدار الأجر الذى كان سيتقاضاه من إحياء تلك الحفلة باعتبار ذلك كسبا ضاع عليه، فالقانون لا يمنع من أن يحسب الكسب الفائت ما كان المضرور يأمل الحصول عليه من كسب ما دام لهذا الأمل أسباب مقبولة[٤].

---

(١) نقض ١٩٧٢/٤/٨ س٢٣ ص٦٧٠.

(١) فالضرر المباشر الموجب للمسئولية هو ما كان نتيجة طبيعية للخطأ الذى حدث ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول بشرط أن تتوافر بينه وبين الخطأ علاقة سببية" نقض ١٩٨٢/١١/٧ الطعن ١٣٨١ لسنة ٤٩ق.

(٢) نقض ١٩٧٤/١١/١١ س٢٥ ص١٢١٠، ١٩٩٥/١١/٣٠ س٤٦ ص١٢٨٥.

(٣) نقض ١٩٩٢/١/٢٦ الطعن ١٦٤٥ لسنة ٥٦ ق، ١٩٩٥/١١/٣٠ س٤٦ ص١٢٨٥

٣- التعويض يشمل الضرر المباشر سواء كان متوقعاً أو غير متوقع وذلك بخلاف المسئولية العقدية فالتعويض يقتصر فيها على الضرر المتوقع[١] فى غير حالتى الغش والخطأ الجسيم.

٤- أن يكون التعويض مساوياً لمقدار الضرر ولا محل – وفقاً لتقدير القانون – للمغايرة فى مقدار التعويض حسب جسامة الخطأ، ولا بحسب مركز المسئول من حيث الثراء والفقر، ولا بحسب ما إذا كان المسئول مؤمناً على مسئوليته من عدمه.

أ- لا يجب أن يقدر مبلغ التعويض بحسب جسامة الخطأ، فالخطأ اليسير الذى يؤدى إلى ضرر جسيم يجب أن يؤخذ عنه تعويض كامل[٢] لأن التعويض لا يقدر وفقاً لجسامة الخطأ وإنما يقدر على أساس الضرر. وهذا فرق ما بين القانون المدنى والقانون الجنائى، إذ يقدر الجزاء فى هذا الأخير وفقاً لجسامة الخطأ.

ومع ذلك نجد أن القضاء ينزع فى الغالب إلى الأخذ فى الاعتبار جسامة الخطأ عند تقدير التعويض.

ب- يجب ألا يعتد فى تقدير التعويض بالمركز المالى للمسئول، فلا يزاد مبلغ التعويض إذا كان المسئول غنياً، ومع ذلك نجد أن القضاء تغليباً لاعتبارات العدالة يميل فى الغالب إلى إنقاص مقدار التعويض إذا كان المسئول فقيراً ويزيده إذا كان غنياً.

وإذا كان الأصل ألا يعتد القاضى بظروف المسئول فإنه يعتد على العكس من ذلك بظروف المضرور وذلك لأن التعويض يقاس بمقدار الضرر الذى أصاب المضرور بالذات. وهذا هو ما تقصده المادة ١٧٠ مدنى بقولها "يراعى فى تقدير التعويض الظروف الملابسة". فالقاضى يعتد إذن فى تقدير التعويض بالظروف الشخصية التى تحيط بالمضرور، فالجرح الذى يصيب مريضاً بالسكر يكون أخطر من الجرح الذى يصيب السليم، وذلك دون غلو فى

---

(٤) نقض ١٩٧٤/١/١١/١١ س٢٥ من ١٢١٠.

(١) نقض ١٩٨٦/٢/١٧ الطعن ١٠٨٥ لسنة ٥٠ ق، فالمشرع لا يميز فى نطاق المسئولية التقصيرية بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير فكل منهما يوجب تعويض الضرر الناشئ عنه وأنه يكفى لقيام المسئولية مجرد إهمال، ما توجيه الحيطة والحذر".

التقدير ولا إسراف، ولو كان هذا التقدير ضئيلاً ما دام يرمز إلى الغاية منه، يحقق النتيجة المستهدفة به[1] وتقدير الضرر ومراعاة الظروف الملابسة عند تقدير التعويض الجابر له مسألة موضوعية تستقل بها محكمة الموضوع وحسبها أن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله[2].

جـ- كذلك يجب ألا يزاد مقدار التعويض إذا كان المسئول مؤمناً على مسئوليته. ومع ذلك وجود التأمين على المسئولية يشجع القضاء غالباً على الحكم بالتعويض وعلى زيادة مقدار هذا التعويض وذلك حماية للمضرور الذى أصابه الضرر.

ولا يلزم أن تقدر المحكمة تعويضاً خاصاً عن كل عنصر من عناصر الضرر الواجبة التعويض، بل يجوز لها أن تحكم بتعويض إجمالى عن جميع العناصر التى يستحق المضرور تعويضاً عنها، ولا عليها إن قدرت تعويض الضرر الأدبى والضرر المادى بمبلغ واحد دون أن تبين قيمة كل منهما على حدة حيث إن هذا التخصيص ليس بلازم قانونا[3] لكن تعتبر العناصر المكونة للضرر والتى تدخل فى حساب التعويض من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض[4].

ثانياً : مقدار التعويض

والقاعدة فى هذا الصدد أن مقدار التعويض يجب أن يكون مساوياً قيمة الضرر المباشر، فلا ينقص عنها ولا يزيد[5].

---

(١) نقض ١٩٨٥/١/٨ الطعن ١٣٦٨ لسنة ٥٠ ق.

(٢) نقض ١٩٩١/٥/٢٣ الطعن ١٧٣٨ لسنة ٥٦ ق.

(٣) ١٩٦٧/٢/١٦ س١٨ ص٣٧٣، ١٩٧٩/٥/١٠ س٣٠ ع٢ ص٣١٨، ١٩٨٥/١/٢٢ الطعن ٦١٧ لسنة ٥١، ١٩٩١/٧/١٠ الطعن ١٦٨٨ لسنة ٥٩ ق، ١٩٩١/٧/٢٤ الطعن ٢٧٦٠ لسنة ٥٦ ق.

(٤) نقض ١٩٧٧/٢/٢١ س٢٨ ص٥٠٠، ١٩٨٥/١/٢٩ الطعن ١٨٢٨ لسنة ٥١ ق، ١٩٨٩/١١/١٥ الطعن ٦٩٦ لسنة ٥٦ ق، ١٩٩٠/٦/١٤ الطعن ٢٦٤ لسنة ٥٩ ق، ١٩٩٠/٦/٢١ الطعن ٧١٥ لسنة ٥٧ ق.

(٥) نقض ١٩٨٤/١١/٢٧ الطعن ١١١ لسنة ٥٤ ق.

فيجب أن يقدر القاضى التعويض تقديرا يكفى لجبر الضرر وإعادة المصاب إلى مثل حالته قبل وقوع الفعل الضار دون أن يزيد عن ذلك. ذلك أنه يجب ألا يثرى المضرور بغير سبب على حساب المسئول. وعلى ذلك فإنه يجب فى تقدير الضرر أن يعتد بدرجة قدم الشىء الذى أتلف من جراء الفعل الضار، فإذا أتلف شخص متاعا قديما مملوكا لآخر فعوضه عنه متاعا جديدا تعين على المضرور أن يعطى المسئول المتاع التالف القديم حتى لا يجمع بين المتاعين القديم والجديد. وينبغى عليه فوق ذلك أن يرد إلى المسئول الفرق بين قيمة المتاع القديم والجديد وذلك وفقا لقواعد الإثراء بلا سبب.

على أنه لا يجوز أيضا أن يقدر التعويض بأقل من قيمة الضرر إلا إذا وجد ما يسوغه فى إصابات العمل حيث حدد المشرع التعويضات المختلفة تحديدا جزافيا قد لا يصل إلى جبر كل الضرر، وكما فى حالة الخطأ المشترك حيث يتعين خفض التعويض بقدر مسئولية المضرور نفسه واشتراكه فى حدوث الضرر.

ويجب أن يكون التعويض جابرا لكل الضرر. وكلما كان الضرر متغير تعين على القاضى النظر فيه لا كما كان عندما وقع، بل كما صار إليه عند الحكم مراعيا التغير فى الضرر ذاته من زيادة راجع أصلها إلى خطأ المسئول أو نقص كائنا ما كان سببه، وذلك أن الزيادة فى ذات الضرر التى يرجع أصلها إلى الخطأ والنقص فيه أيا كان سببه غير منقطعى الصلة به"[1].

ويترتب على هذه القاعدة عدة نتائج.

١- أنه فى حالة تعدد المسئولين لا يجوز للمضرور أن يحصل إلا على ما أصابه فعلا من الضرر.

٢- إذا كان المسئول هو المؤمن له، فلا يجوز للمضرور الذى حصل على تعويض من شركة التأمين أن يحصل من المسئول على التعويض مرة ثانية.

(١) انظر فى تفصيل ذلك :
Ph. Le Tourneau, L. Cadiet, Op. cit. no 1442 P. 387 et s.

إذا كان المضرور هو المؤمن له ضد الضرر الذى أصابه، فهل يجوز له أن يجمع بين مبلغ التأمين وبين التعويض الذى يجب على المسئول أن يدفعه ؟

للإجابة على هذا السؤال يجب أن يفرق بين : ما إذا كان التأمين على الأشخاص أو على الأشياء.

فإذا كان التأمين على الأشخاص كما إذا كان شخص مؤمنا على حياته أو على ما عسى أن يصيبه من الحوادث ووقع الضرر الذى أمن نفسه منه كان له أو ولورثته أن يرجع بمبلغ التأمين على الشركة وأن يرجع بالتعويض على المسئول عن الحادث ويجمع بين حقين لاختلاف سبب كل منهما (انظر مادة ٧٦٥ مدنى).

أما إذا كان التأمين على الأشياء فقد منع نص المادة ٧٧٦ مدنى من الجمع بين التأمين والتعويض. لكن يجوز للمضرور فقط أن يرجع على المسئول إذا كان المبلغ المؤمن به غير كاف لإصلاح الضرر.

٣- قد يترتب على الفعل غير المشروع أن يترتب للمضرور حق فى تعويض وحق فى نفقة أو إيراد، فهل يجوز للمضرور أو لورثته الجمع بين الحق فى التعويض من المسئول والحق فى النفقة أو فى الإيراد؟ مثال ذلك أن عاملاً فى مصنع يتسبب فى إصابة عامل آخر. هنا يستحق العامل قبل رب العمل مبلغاً يقدره قانون إصابات العمل تقديراً جزافياً، ويستحق فى الوقت ذاته تعويضاً قبل العامل المسئول عن الحادث، فهل له هنا أن يجمع بين التعويضين ؟

القاعدة أن مبلغ التعويض يجب ألا يزيد عن الضرر الحاصل. لذلك لا يجوز للمضرور أن يجمع بين التعويضين، فإذا تقاضى التعويض الجزافى من رب العمل لا يجوز له أن يرجع على المسئول إلا بما بقى من الضرر دون تعويض، إذا رجع المضرور بكل التعويض على المسئول لا يجوز له أن يتقاضى شيئاً من رب العمل[1].

---

(١) نقض ١٩٨١/١٢/٢٥ س٣٢ ص٢٩٨، ١٩٨٣/١٢/٢٧ س٣٤ ص١٩٤٨

لكن يحق للعامل الرجوع بالتعويض قبل الغير المسئول، وفى هذه الحالة يجوز للعامل الجمع بين التعويضين[1] كما يجوز للعامل الرجوع على صاحب العمل على أساس مسئولية المتبوع عن أفعال تابعة إذا كان الضرر الذى حاق به ناتج عن عامل آخر يعمل معه عند نفس صاحب العمل وأن الخطأ ارتكب حال تأدية وظيفته أو بسببها[2] كما يجوز الجمع بين التعويض الكامل من المسئول والمعاش أو مكافأة نهاية الخدمة المقرر قبل هيئة التأمينات لاختلاف سبب ومصدر كل منهما[3].

المطلب الثالث

وقت تقدير الضرر

لتحديد وقت تقدير الضرر يمكن التردد بين وقتين : وقت وقوع الضرر ووقت الحكم على المسئول عن الضرر.

والمشكلة تتمثل فى أنه قد تمضى بين هذين الوقتين مدة طويلة يمكن فى أثنائها أن يتغير الضرر بأن يخف أو بأن يزيد. فإذا كان الضرر جرحاً فقد يلتئم الجرح، وقد تسوء حالته. وإذا كان الضرر مادياً ينصب على المال فقد تتغير قيمة الأشياء التى وقع عليها الضرر. وعلى ذلك تبدو أهمية التساؤل عن وقت تقدير الضرر هل هو وقت وقوع الضرر أم وقت الحكم؟

ذهب رأى إلى أنه يجب الاعتداد بقيمة الأشياء وقت وقوع الضرر وذلك على أساس أن العمل غير المشروع هو الذى أنشأ الحق فى التعويض وليس الحكم. فالحكم مقرر لذلك الحق وليس منشئاً له، ومن ثم فإن تقدير التعويض يجب أن يحصل وفقاً للعناصر التى كانت موجودة وقت نشوء الحق فى التعويض أى وقت وقوع الضرر.

---

(1) نقض ١٩٧٧/٤/٢٦ س٢ ص١٠٥٢، ١٩٧٩/١٢/٢٠ س٣٠ ص١٣٧٧، ١٩٨١/١/١/١١ س٣٢، ص١٩٧٣، ١٩٨١/٦/٣٠ س٣٢ ص١٩٧٣، ١٩٩٠/٥/٢٤ الطعن ٣٥١٦ لسنة ٥٨ ق.
(2) نقض ١٩٨١/٦/٣٠ س٣٢ ص١٩٧٣
(3) نقض ١٩٧٦/٣/١٨ س٢٧ ص٦٩٧.

وذهب رأى آخر إلـى أنـه يجب الاعتداد بقيمـة الشـىء وقت صيرورة الحكم نهائياً وذلك على أساس أن الحكم هو الذى يحدد مقدار التعويض لذلك يجب الاعتداد بجميع العناصر التى توجد وقت الحكم.

وهناك رأى وسط يذهب إلى ضرورة التمييز بين الإلتزام بإصلاح الضرر وبين الإلتزام بدفع التعويض. فالإلتزام بإصلاح الضرر ينشأ وقت وقوع الضرر ولهذا فإن الحق فى التعويض ينشأ فى ذلك الوقت وهو حق يخلف الورثة فيه مورثهم إذا مات. ولكن هذا الإلتزام بإصلاح الضرر يتحول إلى إلتزام بدفع تعويض وقت الحكم. ولذلك يجب الاعتداد بذلك الوقت فى تقدير مبلغ التعويض فيجب إذن أن يعتد بالتطورات التى تكون قد حدثت منذ وقوع الضرر[1].

وهذا ما يأخذ به القضاء والفقه فى مصر.

المطلب الرابع
الاتفاقات الخاصة المتعلقة بالتعويض

وهذه الاتفاقات تتعلق بالإعفاء من المسئولية المدنية أو بتخفيضها أو بتشديدها.

أولاً : الاتفاق على الإعفاء من المسئولية أو على التخفيف منها

تنص المادة ٣/٢١٧ مدنى على أن "يقع باطلا كل شرط يقضى بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع".

وعلى ذلك يتضح أن الاتفاق على الإعفاء من المسئولية التقصيرية يقع باطلا بصريح النص[2]. أما بالنسبة للتخفيف من المسئولية فإن القضاء جرى على إبطال هذه الشروط أيضا، سواء كان التخفيف بإنقاص مدى التعويض، فلا

---

(١) نقض ١٩٨٦/١٢/٢٣ الطعن ٤٣٨ لسنة ٥٦ ق.
(٢) نقض ١٩٦٧/١٠/٢٦ س١٨ ص١٥٦٠.

يعوض إلا عن بعض الضرر، أو كان بتحديد مبلغ معين كشرط جزائى يكون هـو مبلغ التعويض مهما بلغ الضرر.

والعلة فى تقرير البطلان أن أحكام المسئولية التقصيرية متعلقة بالنظـام العام وقد نظمها القانون ذاته على خلاف المسئولية العقديـة التى يحـدد مضمونـها ونطاقها إرادة الأطـراف فيستطيعون لذلك التخفيف فيـها والإعفـاء منـها إلا فـى حالتى العمد والخطأ الجسيم.

ثانياً : الاتفاق على التشديد فى المسئولية التقصيرية

وقد يتفق الطرفان على تشديد المسئولية التقصيرية. وهذا التشديد قد يأخذ عدة أشكال كان يتفق على أن يكون الخطأ مفترضاً فى جانب المسئول فى حـالات لا يفترض فيها القانون الخطأ أو يتفق على أن المديـن يكـون مسـئولاً حتـى لـو لـم يرتكب خطأ وبذلك يتحمل تبعة الضرر.

وقد نصت المادة ١/٢١٧ مدنى على أنه "يجوز الاتفـاق علـى أن يتحمـل المدين تحمل تبعة الحادث الفجـائى والقوة القـاهرة" وهـذا يعتـبر أقصـى درجـات التشديد حيث أن المدين يتحمل التبعة.

الباب الثانى

الإثراء بلا سبب

تطور قاعدة الإثراء بلا سبب(١)

- ويحصل الإثراء بلا سبب عندما يترتب على نفس الواقعة أن يفتقر الشخص بينما يثرى شخص آخر من جراء ذلك الافتقار. مثال ذلك بناء شخص على أرض يملكها بمواد مملوكة لغيره ويصبح مالكاً للبناء. فإنه يثرى بمقدار ما زاد فى أرضه بسبب البناء، بينما يفتقر صاحب المواد بمقدار قيمة تلك المواد. مقتضى قاعدة الإثراء بلا سبب أن على كل من أثرى على حساب غيره دون سبب قانونى أن يرد لمن افتقر من جراء هذا الإثراء قدر ما أثرى به فى حدود ما لحق المفتقر من خسارة.

- هذه القاعدة بالرغم من بديهيتها وارتكازها على قواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعى إلا أنها لم تكن مسلماً بها كقاعدة عامة إلا فى زمن متأخر، أواخر القرن التاسع عشر.

• فالقانون الرومانى لم يعرف الإثراء بلا سبب كقاعدة عامة وإنما أخذ به فى حالات خاصة، كدعاوى استرداد ما دفع دون سبب conditiones sine cause ودعاوى الإثراء بلا سبب action de in rem verso.

• أما القانون الفرنسى القديم لم يضع قاعدة عامة فى الإثراء بلا سبب وإنما قصر تطبيق المبدأ على حالات خاصة انتقلت إليه من القانون الرومانى. لكن التطورات اللاحقة فى نظرية العقد وبصفة خاصة ظهور نظرية السبب فى العقد قد أدت إلى فقد دعاوى استرداد ما دفع دون سبب لكثير من أهميتها، وانحصرت جدواها فى الحالات القليلة التى ينفذ فيها العقد رغم بطلانه أو فى الحالات التى يفسخ فيها العقد رغم تنفيذه. كما أن دعاوى الإثراء بلا سبب قد اختلطت بدعوى الفضالة واعتبر الفقيه بوتيية الأولى فرعاً للثانية.

---

(١) انظر F Terré, Ph Simler, Y Lequette, Op. cit, no 969, P 895 et s.

• فى القانون الفرنسى الحديث لم ينص تقنين نابليون على قاعدة عامة للإثراء بلا سبب، وإنما اقتصر على تنظيم حالات، متفرقة أهمها الفضالة. ودفع غير المستحق والمصروفات الضرورية والنافعة، والبناء والغرس فى أرض الغير. ودرج القضاء على تطبيق هذه الحالات المتفرقة دون محاولة ردها إلى قاعدة عامة. فى مرحلة ثانية اعترف القضاء بقاعدة الإثراء بلا سبب، ولكن على أنها فرع من الفضالة، واعتبر الإثراء بلا سبب فضالة اختل فيها ركن.

لكن الفقه حاول – بصفة خاصة أوبرى ورو – أن يجعل الإثراء بلا سبب قاعدة عامة مستقلة عن الفضالة وأن الحالات الخاصة المتفرقة والواردة فى التقنين ليست إلا تطبيقات لهذه القاعدة. وعلى ذلك فإن الإثراء بلا سبب يعتبر فى نظرهم مصدراً مستقلاً للإلتزام يقوم على قواعد العدالة. وقد سار القضاء فى نفس هذا الاتجاه لكن مع تقييد هذه القاعدة بقيدين، الأول أن دعوى الإثراء تعتبر دعوى احتياطية لا يجوز الإلتجاء إليها إلا إذا انعدمت السبل القانونية. والثانى، يشترط فى الإثراء أن يكون قائماً وقت رفع الدعوى.

- قاعدة الإثراء بلا سبب فى القانون المصرى

قد استقرت قاعدة الإثراء بلا سبب كمصدر للإلتزام فى التقنين المدنى الحالى بل وقد تحررت من كل القيود، وبصفة خاصة من القيد الخاص بالصفة الاحتياطية والآخر الخاص بضرورة قيام الإثراء وقت رفع الدعوى.

- **خطة الدراسة :** لدراسة الأثراء بلا سبب سنعرض فى :

الفصل الأول : القاعدة العامة فى الإثراء بلا سبب.

الفصل الثانى : أهم تطبيقات الإثراء بلا سبب.

الفصل الأول

القاعدة العامة فى الإثراء بلا سبب

- طبيعة الإثراء بلا سبب

السؤال المحورى هو هل يمكن رد الإثراء بلا سبب إلى نظرية الفضالة المنصوص عليها فى التقنين المدنى الفرنسى. وجوهر هذا الرأى أن الإثراء بلا سبب فضالة ناقصة تخلف فيها قصد التدخل لتدبير شأن عاجل للغير. وأهم الانتقادات التى وجهت إلى هذا الرأى أن هناك فروقا جوهرية تميز الفضالة عن الإثراء بلا سبب، فمن حيث الطبيعة نجد أنه يشترط لوجود الفضالة أن يكون عند الفضولى قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر، أما فى الإثراء بلا سبب فلا يشترط أن يكون عند المفتقر نية القيام بأمر لحساب آخر وإنما يكفى تحقق الإثراء دون سبب قانونى. الاختلاف من حيث الطبيعة له انعكاس على نتيجة كل منهما، فحيث أن الفضولى يقوم بعمل ذى طابع غيرى لذلك فإن القانون يلزم رب العمل بأن يرد له المصاريف النافعة التى صرفها حتى ولو لم ينتج عن هذه المصاريف منفعة لرب العمل، بينما فى الإثراء بلا سبب حيث لم يقصد المفتقر أن يؤدى خدمة للمثرى، لذلك فإنه لا يجوز للمفتقر الرجوع على المثرى إلا بأقل القيمتين قيمة الافتقار وقيمة الإثراء.

وفريق آخر من الفقهاء حاول إسناد الإثراء بلا سبب إلى أحكام المسئولية التقصيرية. على أساس أن الإثراء فى هذه الحالة يعتبر عملا غير مشروع، فلا يجوز للمثرى استبقاءه وإلا ارتكب خطأ يخول الرجوع عليه وفقا لقواعد المسئولية التقصيرية. وأهم الانتقادات التى وجهت إلى هذه النظرية أن الإثراء واقعة لا تعد فى ذاتها خطأ، بل هو عمل نافع، فكيف توصف بأنها عمل غير مشروع. كما أنه إذا أقمنا دعوى الإثراء بلا سبب على أساس المسئولية التقصيرية لوجب أن يكون للمفتقر الحق فى الحصول على تعويض كامل، على حين أن المفتقر لا يستطيع الرجوع على المثرى إلا بأقل القيمتين، قيمة الافتقار وقيمة الإثراء

وأخيراً حاول أنصار نظرية تحمل التبعة رد الإثراء، بلا سبب إلى هذه النظرية. وذلك على أساس أن النشاط الضار يقابله الإلتزام بتحمل تبعة التعويض، فإن النشاط النافع يقابله الحق فى استرداد الإثراء بلا سبب. ولكن هذه النظرية تخرج بنظرية الإثراء عن حدودها المعروفة حيث أن مؤداها أن يكون لكل من ترتب على نشاطه إثراء لغيره أن يرجع على هذا الغير بكل ما أثرى ولو لم يكن هناك افتقار فى حين أن الافتقار يعتبر شرطاً ضرورياً فى دعوى الإثراء، فإذا لم يكن هناك افتقار فلا يجوز الرجوع ولو كان هناك إثراء.

الخلاصة : يتبين مما تقدم أن الإثراء بلا سبب لا يمكن رده إلى غيره من مصادر الإلتزام وإنما يعتبر فى ذاته مصدراً مستقلاً من مصادر الإلتزام.

وهذا يستدعى دراسة متى يتحقق الإثراء بلا سبب؟ ثم دراسة أثر تحقق الإثراء.

الفرع الأول : تحقق الإثراء بلا سبب

نصت المادة ١٧٩ مدنى مصرى على أن "كل شخص، ولو غير مميز، يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم فى حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحق من خسارة، ويبقى هذا الإلتزام قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد".

وهنا ندرس شروط تحقق الإثراء، ثم نؤكد على كفاية هذه الشروط.

المبحث الأول

شروط تحقق الإثراء

وهذه الشروط ثلاثة، الإثراء، والافتقار، وانعدام السبب القانونى.

المطلب الأول

الإثراء

ونعرض هنا للمقصود بالإثراء، ثم نتعرض بعد ذلك على صور الإثراء.

أولاً : المقصود بالإثراء

- يقصد بالإثراء كل منفعة مادية أو معنوية يمكن تقويمها بالمال ويغلب أن يتكون الإثراء من نفع مادى، وقد كانت هذه هى الفكرة القديمة فى الإثراء. إذ لا ينظر إلى دعوى الإثراء إلا على أنها تقصد بصفة أساسية إلى استرداد قيمة مالية انتقلت من ذمة إلى أخرى.

- أما الاتجاه الحديث فى الإثراء فيرى أنه لا يلزم أن يقتصر الإثراء على اكتساب مال جديد أو زيادة قيمة المال. بل يمكن أن يشمل الإثراء المعنوى الذى يتعلق بالمنافع ذات الطابع الشخصى كتقديم مشورة قانونية أو طبية، أو تقديم مأوى أو أطعمة، أو كمصاريف التعليم وكتحسين حالة المريض. بل أكثر من ذلك أصبح من الجائز أن يكون للإثراء طابع أدبى بشرط أن يكون قابلاً للتقويم المالى.

ثانياً : صور الإثراء

والإثراء قد يكون إيجابياً أو سلبياً، كما قد يكون مباشراً أو غير مباشر. ولنر ذلك بشىء من التفصيل.

١- الإثراء الإيجابى والإثراء السلبى

الأصل أن يكون الإثراء إيجابياً، أى أن يدخل قيمة مالية فى ذمة المثرى. ويستوى أن يكون ما اكتسبه المثرى حقاً شخصيا أو حقاً عينياً أو حتى الحصول على منفعة مال مدة ما، كسكنى منزل بدون عقد إيجار، أو الحصول على مجرد منفعة أياً كانت، كالاستفادة من تصميم مهندس، أو من لحن موسيقى، أو من وساطة سمسار، إذا تمت الصفقة بعد ذلك بعيداً عنه.

لكن يمكن كذلك أن يكون الإثراء سلبياً أى أن يجنب شخص شخصاً آخر القيام بمصروفات لازمة تؤدى إلى إنقاص الجانب الإيجابى لذمته كأن يقوم المستأجر بالترميمات الجسيمة التى تقع أصلاً على المؤجر، أو كأن يوفى شخص بدين على شخص آخر، وكتاجر يؤمن احتياجات الزوجة التى يلتزم بها أصلاً الزوج. فى كل هذه الأمثلة يتكون الإثراء من تجنيب شخص شخصاً آخر القيام

بما يجب عليه فيؤدى ذلك إلى عدم إنقاص الجانب الإيجابى لذمته مما يتساوى فى النهاية مع زيادة الجانب الإيجابى للذمة. ومن صور الإثراء السلبى أيضاً أن يجنب الشخص خسارة كان وقوعها محتماً فيثرى إثراءً سلبياً بقدر ما يجنب من خسارة، مثال ذلك الجار الذى يتلف متاعاً له حتى يطفئ حريقاً شب فى منزل جاره، وربان السفينة يلقى ببعض ما تحمل السفينة حتى ينقذ السفينة من الغرق".

٢- الإثراء المباشر والإثراء غير المباشر

- ويتحقق الإثراء المباشر عندما تنتقل قيمة مالية مباشرة من ذمة المفتقر إلى ذمة المثرى، إما بفعل المفتقر كأن يدفع شخص ديناً على غيره، وأما بفعل المثرى، نفسه، كمن يبنى على أرضه بأدوات مملوكة لغيره.

- ويتحقق الإثراء غير المباشر إذا انتقلت قيمة مالية من ذمة المفتقر إلى ذمة المثرى عن طريق تدخل أجنبى، سواء اتخذ فعل الأجنبى صفة العمل المادى، كمن يبنى بأدوات غيره فى أرض شخص آخر، أو اتخذ صفة العمل القانونى، كقيام المشترى لسيارة بإصلاحها ثم يفسخ عقد البيع بعد ذلك دون أن يكون المشترى قد دفع مصاريف الإصلاح ثم يفسخ عقد البيع بعد ذلك دون أن يكون المشترى قد دفع مصاريف الإصلاح فيرجع بها الميكانيكى على البائع، والأجنبى هنا هو المشترى، خاصة بعد فسخ عقد البيع، تدخل بعمل قانونى، عقد المقاولة، أدى إلى إثراء البائع بمقابل مصاريف الإصلاح وافتقار الميكانيكى بها.

المطلب الثانى

الافتقار

- **افتقار ترتب عليه إثراء** : هذا الشرط جوهرى فى الإثراء بلا سبب فحيث لا يكون هناك افتقار فى جانب الدائن فلا يجوز له أن يطالب المدين مهما كان الإثراء الذى حصل عليه من نشاط الدائن. مثال ذلك إذا أنشأ شخص حديقة غناء فى منزله يطل عليها منزل الجار فترتب على ذلك أن ارتفعت قيمة منزل الجار. فى هذا المثال قد أثرى الجار بالفعل ومع ذلك لا يجوز لصاحب الحديقة أن

يرجع عليه بشيء وذلك لأنه لم يفتقر من جراء ذلك وأن كل ما أنفقه في إنشاء الحديقة قد عاد عليه بالفائدة التي قدرها فهو قد أخذ مقابل ما أنفقه ولم يخسر شيئاً.

ولذلك يشترط أن توجد علاقة سببية مباشرة ما بين افتقار الدائن وإثراء المدين. ولدراسة الافتقار يجب أن نعرض لوجوب تحقق الافتقار وصوره، ثم نتكلم بعد ذلك عن علاقة السببية المباشرة بين الافتقار والإثراء.

أولاً : ضرورة تحقق الافتقار وصوره

للرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب يجب أن يقابل إثراء شخص افتقار شخص آخر حيث أن المثرى لا يلزم إلا بدفع أقل القيمتين، قيمة الإثراء وقيمة الافتقار فإذا تحقق الإثراء دون افتقار استحال الرجوع بدعوى الإثراء، وبالتالي تفقد قاعدة الإثراء بلا سبب أهم أركانها. مثال ذلك أن تقوم شركة بإنشاء مصانع في منطقة نائية مما ترتب عليه ارتفاع قيمة الأراضي المجاورة، فلا يجوز للشركة الرجوع على أصحاب الأراضي المجاورة بقيمة ما أثروا به، لأن هذا الإثراء لم يقابله افتقار في جانبها.

- صور الافتقار

الافتقار قد يكون إيجابياً أو سلبياً، وقد يكون مباشراً أو غير مباشر. الافتقار الإيجابي يتمثل في خروج قيمة مالية من ذمة المفتقر فقد يفتقد المفتقر حقاً عينياً أو شخصياً أو أن ينقص حق له، مثال ذلك أن يدفع شخص ديناً في ذمة غيره.

والافتقار السلبي يتحقق عندما يفوت على الشخص منفعة كان من حقه الحصول عليها. مثال ذلك أن يسكن شخص منزل الآخر دون عقد إيجار.

أما بالنسبة للافتقار المباشر وغير المباشر فإنه يقابل تماماً الإثراء المباشر وغير المباشر. بمعنى أن كل إثراء مباشر يقابله افتقار مباشر وكل إثراء غير مباشر يقابله إفتقار غير مباشر على النحو السابق بيانه.

ثانياً : السببية المباشرة بين الافتقار والإثراء

لا يكفى قيام الإثراء فى ذمة شخص والافتقار فى ذمة آخر حتى يتسنى الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب وإنما يلزم أن تكون هناك علاقة سببية مباشرة بين الإثراء والافتقار، بمعنى أن هذا الإثراء ناشئ عن هذا الافتقار، وأن هذا الافتقار سببه ذلك الإثراء.

وتكون السببية من الوضوح بمكان كلما كان كل من الإثراء والافتقار راجعاً إلى واقعة واحدة، كما لو دفع شخص دين غيره، فواقعة دفع الدين هى السبب المباشر فى افتقار الأول وفى إثراء الثانى.

لكن ليس من الضرورى أن تكون واقعة واحدة هى السبب المباشر لكل من الإثراء والافتقار، بل يكفى لقيام السببية المباشرة التحقق من أن إثراء المدين ما كان ليتحقق لولا افتقار الدائن، والمسألة هنا مرجعها تقدير قاضى الموضوع.

وإذا تعددت أسباب الإثراء فإنه يجب الوقوف عند السبب المنتج للإثراء لتحديد السببية المباشرة بين الافتقار والإثراء، بمعنى أنه إذا تبين أن الافتقار هو السبب المنتج للإثراء تحققت السببية المباشرة بينهما.

المطلب الثالث

انعدام السبب القانونى للإثراء

وهنا يجب أن نعرض أولاً، للمقصود بانعدام السبب، وثانياً، المقصود بالسبب القانونى.

أولاً : المقصود بانعدام السبب

يشترط لرجوع المفتقر على المثرى بأقل القيمتين، الإثراء أو الافتقار، ألا يكون للإثراء سبب، أى أن الإثراء يتجرد عن أى سبب يبرره.

يتضح مما سبق أنه لو كان للإثراء سبب أياً كان لما كان هناك محل للاسترداد لكن يبقى السؤال مطروحاً ما هو المقصود بالسبب الذى يؤدى انعدامه إلى إعطاء المفتقر حق الرجوع على المثرى بدعوى الإثراء. هذا هو موضوع الفقرة التالية.

ثانياً : المقصود بالسبب

وهنا سنعرض للآراء المختلفة فى تحديد المقصود بالسبب، ثم بعد ذلك نحدد السبب القانونى المانع من الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب.

١ ـ الاختلاف حول تحديد المقصود بالسبب

اختلف الفقه حول تحديد المقصود بالسبب القانونى للإثراء الذى يحول دون رجوع المفتقر على المثرى بدعوى الإثراء.

فمن الفقهاء من ذهب إلى أن الإثراء يعتبر بلا سبب إذا كان غير عادل، بمعنى أنه ليس من العدل أن يستبقى المثرى ما أفاد من الإثراء دون أن يرد منه شيئاً للمفتقر، أما إذا كان عادلاً فإن للمثرى أن يستبقى ما أثرى به دون أن يرد منه شيئاً للمفتقر. ويعاب على هذا الرأى أنه ربط فكرة الإثراء بلا سبب بفكرة غامضة غير محددة، وهى العدالة، مما يؤدى إلى عدم وضوح القاعدة ويجردها من أسباب الثبات والاستقرار.

ومنهم من يذهب إلى أن للسبب معنى اقتصادياً وقانونياً، فالسبب هو العوض عن الإثراء. فإذا كان للإثراء عوض فلا يحق للمفتقر الرجوع على المثرى بشىء. لكن ما هو المقصود بالعوض équivalent فى هذا المجال؟ اختلف الفقهاء فيما بينهم حول تحديد المقصود بالعوض. فمنهم من يقول بأنه البديل équivalent من الناحية الاقتصادية، وهو الحق الأدبى droit moral من الناحية الخلقية، ومنهم من يقول بأنه المقابل contre – partie، ومنهم من يقول بأنه النظير contreprestation، أى الأداء المقابل، وكما هو واضح لم يتفق الفقهاء على معنى محدد للسبب وإنما استخدموا العديد من المصطلحات التى تتسم بالغموض. وقد انتهى القضاء الفرنسى فى الوقت الحاضر إلى أن المقصود فى هذا الصدد هو انعدام المصلحة الشخصية عند المفتقر حيث أنه لا يستطيع أن يرفع دعوى الإثراء بلا سبب إلا إذا كان افتقاره غير ناشئ عن أى عقد أو قاعدة قانونية[1].

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك.
F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette op. cit, n. 975. P. 901

٢ـ السبب هو السند القانونى الذى يخول المثرى حق الإبقاء على الإثراء

هذا السند القانونى قد يكون تصرفاً قانونياً وقد يكون حكماً من أحكام القانون.

أـ سبب الإثراء تصرف قانونى

ـ ويقصد بالتصرف القانونى العقد والتصرف القانونى بالإرادة المنفردة. فإذا وجد عقد صحيح فإنه لا مجال لتطبيق قاعدة الإثراء بلا سبب فى العلاقة بين المتعاقدين إذ أن هذه العلاقة يحكمها العقد أو يرجع إليه فى تحديد حقوق كل من الطرفين(١). وعلى ذلك فالمقاول الذى يتعاقد مع العميل مقابل أجر فإنه يمتنع عليه الرجوع بأية زيادة فى الأجر بدعوى الإثراء لو حدث فى التصميم تعديل أو إضافة، وكذلك الحكم إذا كنا بصدد تصرف قانونى بالإرادة المنفردة.

ـ ولكن إذا كان الغالب أن يتم العقد الذى هو سبب الإثراء بين المثرى والمفتقر، إلا أنه ليس هناك ما يمنع أن يكون العقد قد تم بين المثرى والغير ويقوم مع ذلك سبباً قانونياً للإثراء يمنع المفتقر من الرجوع على المثرى. مثال ذلك أن يلتزم مستأجر محل تجارى برد أدوات المحل التجارى فى حالة جيدة عند انتهاء الإيجار إلى المالك. وتنفيذاً لذلك يقوم المستأجر بشراء أدوات جديدة يسلمها إلى المالك بالرغم من عدم دفعه ثمنها إلى البائع. فى هذه الحالة لا يجوز للبائع الرجوع على المالك بدعوى الإثراء لأن إثراء المالك كان له سبب وهو العقد المبرم بينه وبين المستأجر. وقد يثرى شخص على حساب آخر ويهب ما أثرى به إلى شخص ثالث، فلا يستطيع المفتقر فى هذه الحالة أن يرجع بدعوى الإثراء على الموهوب له، لأن هذا قد أثرى لسبب قانونى وهو عقد الهبة، وإن لم يكن المفتقر طرفاً فى هذا العقد".

---

(١) نقض ١٩٦٦/٥/١٠ س١٧ ص١٠٦٤، ١٩٦٨/٢/٨ س١٩ ص٢٤٣، ١٩٦٨/١١/١٤ س١٩ ص١٣١٧، ١٩٧٢/١٢/١٦ س٢٣ ص١٤٠٩ (خاصة بتطبيق نص المادة ٦٨٨ مدنى والمتعلقة بعقد العمل) ١٩٨١/١٢/٢ س٣٢ ص٢٢٠٧، نقض ١٩٨٨/٥/٢ الطعن ٧٢٧ لسنة ٥١ ق.

ب- سبب الإثراء حكم من أحكام القانون

قد يكون سبب الإثراء حكم من أحكام القانون فيمتنع على المفتقر أيضا الرجوع على المثرى بدعوى الإثراء، كاكتساب شخص ملكية شيء بالتقادم، فلا يجوز للمالك الأصلى الرجوع عليه بدعوى الإثراء، لأن التقادم يعتبر سببا لكسب الحق العينى. وكذلك إذا قام شخص بالوفاء للدائن المرتهن بدينه ليحل محله فى الدين ثم أغفل فى القيام بالإجراءات القانونية لذلك الحلول فتقدم عليه دائن مرتهن آخر متأخرا عنه فإنه لا يجوز له الرجوع على هذا الأخير بدعوى الإثراء لأن تقدمه فى المرتبة له سبب هو حكم القانون.

المبحث الثانى

كفاية هذه الشروط فى القانون المصرى

جرى الفقه والقضاء فى فرنسا على أن يقرر أن دعوى الإثراء دعوى احتياطية لا يجوز الإلتجاء إليها إلا إذا انعدمت كل وسيلة قانونية أخرى وأن الإثراء الذى يطالب المفتقر باسترداده يجب أن يكون قائما وقت رفع الدعوى.

فى التقنين المدنى المصرى يكتفى فقط بأن يكون هناك افتقار من جراء الإثراء وأن لا يكون له – أى للإثراء – سببا قانونيا حتى يجوز للمفتقر أن يرجع بدعوى الإثراء على المثرى. وعلى ذلك سنؤكد على عدم ضرورة أن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية، كما لا ضرورة لأن يكون الإثراء قائما وقت رفع الدعوى.

المطلب الأول

انتفاء الصفة الاحتياطية عن دعوى الإثراء

وهنا سنعرض أولا، لعلة الصفة الاحتياطية، وثانيا : لتحرير الدعوى من الصفة الاحتياطية.

أولا: علة الصفة الاحتياطية : يقصد بالصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء أنه لا يجوز الإلتجاء إليها إلا إذا انعدمت كل وسيلة قانونية أخرى أمام المدعى.

وكان السبب فى منشأ هذه الصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء هو تحرر هذه الدعوى من تبعيتها لدعوى الفضالة لتصبح دعوى مستقلة فأراد الفقه البحث عن قيد تنضبط به هذه الدعوى فلا تطغى على جميع نواحى القانون. وقد وجد الفقه ضالته المنشودة فى الصفة الاحتياطية لهذه الدعوى، فقرر أنه يشترط فى دعوى الإثراء بلا سبب ألا يكون هناك لدى المدعى "دعوى أخرى ناشئة عن عقد أو شبه عقد أو جريمة أو شبه جريمة" وقد اتبع القضاء الفقه فى ذلك بحكم شهير لمحكمة النقض الفرنسية صادر فى ١٢ مايو ١٩١٤. وبالرغم من ذلك من الفقهاء من شكك فى الصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء، وتساءل لماذا لا تكون دعوى أصلية. لكن لا تزال دعوى الإثراء عند جمهور الفقهاء فى فرنسا وعند القضاء الفرنسى دعوى احتياطية[١].

ثانيا: تحرير دعوى الإثراء من الصفة الاحتياطية فى القانون المصرى

هناك ارتباط وثيق بين الصفة الاحتياطية للدعوى وتحديد المقصود بسبب الإثراء. وقد رأينا اختلاف الفقه الفرنسى حول المقصود بسبب الإثراء. ولذلك فإنه متى انضبط معنى سبب الإثراء لم تعد هناك فائدة تذكر للقول بالصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء حيث أن هذه الدعوى يجب لمباشرتها ألا يكون للإثراء سبب.

فى مصر أصبح معنى سبب الإثراء منضبطا وحمل على معنى السند القانونى الذى يخول الثرى حق الإبقاء على الإثراء. وهذا السبب إما أن يكون عقداً أو حكماً من أحكام القانون ولذلك نجد أن دعوى الإثراء فى القانون المدنى المصرى دعوى أصلية ليس لها أية صفة احتياطية وهى تقف جنباً إلى جنب مع دعوى العقد ودعوى المسئولية التقصيرية. ولم يشترط القانون المدنى المصرى لقبول دعوى الإثراء ألا تكون للمضرور دعوى أخرى للحصول على حقه كما فعل القانون المدنى الإيطالى حيث نص فى المادة ٢٠٤٢ على أن "لا تقبل دعوى الإثراء إذا كانت للمضرور دعوى أخرى يستطيع استعمالها لإصلاح الضرر". وكذلك نص المادة ٤/١٤١ موجبات وعقود لبنانى.

---

(١) انظر F Terré, Ph Simler, Y Lequette, Op. cit. no. 976. p. 901

المطلب الثانى

لا ضرورة لأن يكون الإثراء قائماً وقت الدعوى

وهنا أيضاً سنعرض لعلة اشتراط أن يكون الإثراء قائماً وقت رفع الدعوى، ثم نبين كيف تحررت دعوى الإثراء من هذا القيد.

أولا: علة اشتراط أن يكون الإثراء قائماً وقت رفع الدعوى

الرأى السائد فى فرنسا هو اشتراط أن يكون الإثراء قائماً وقت رفع الدعوى وعلى ذلك إذا قام الدائن بترميمات فى منزل المدين بحيث تقوم دعوى الإثراء، ثم احتراق المنزل قبل أن يرفع الدائن هذه الدعوى، لم يجز بعد ذلك رفعها لأن الإثراء لم يعد قائماً عند رفع الدعوى.

ويبرر أيضاً هذا الرأى هذا الاشتراط بأن الغرض من دعوى الإثراء هو إعادة التوازن الذى اختل بين ذمتين ماليتين والوقت المعتبر لذلك هو وقت رفع الدعوى حيث هو الوقت الواجب تقدير الإثراء فيه، فإذا زال قبل هذا الوقت، فقد زال معه الاختلال المراد معالجته. كما أن هذا الاشتراط هو الذى يميز دعوى الإثراء عن دعوى الفضالة حيث لا يشترط فى الفضالة قيام الإثراء وقت رفع الدعوى لأن الفضولى وهو يولى جميلاً لرب العمل أولى بالرعاية من المفتقر. وأخيراً أن الإثراء يماثل الضرر فى المسئولية التقصيرية ولذلك وجب أن يقدر كل منهما وقت رفع الدعوى.

ثانيا : تحرر دعوى الإثراء من هذا الإشتراط فى القانون المصرى

نص القانون المدنى المصرى فى المادة ١٧٩ مدنى على أنه "...... ويبقى هذا الإلتزام قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد" فمصدر إلتزام المثرى هو واقعة الإثراء لذلك يجب الرجوع إلى هذا الوقت لتقدير التزام المثرى بالتعويض، ولا عبرة عما إذا كان الإثراء ما زال قائماً وقت رفع الدعوى أم لا، فالإثراء منذ دخل فى ذمة المثرى ونشأ على عاتقه الإلتزام بالتعويض بصرف النظر عما إذا كان هذا الإثراء قد زاد بعد ذلك أو نقص أو زال.

أما بالنسبة للفضالة فإنها تقوم على اعتبار هام وهو أن الفضولي يولي جميلاً لرب العمل ولهذا كان له أن يسترد جميع المصروفات الضرورية. بينما في دعوى الإثراء المفتقر ليست لديه النية لذلك فإنه ليس له إلا أقل القيمتين الإثراء أو الافتقار.

فأخيراً نجد أن الافتقار لا الإثراء هو الذي يماثل الضرر في المسئولية التقصيرية ولذلك فإنه يقدر، كالضرر، إذا كان متغيراً يوم النطق بالحكم لا يوم رفع الدعوى.

الفرع الثاني

أثر تحقق الإثراء بلا سبب

إذا توافرت الشروط السابق بيانها فإنه يصبح للمفتقر الحق في المطالبة بالتعويض. ولذلك يجب أن نعرض أولا، لدعوى الإثراء، ثم نتكلم ثانيا عن التعويض.

المبحث الأول

دعوى الإثراء

وهنا سنعرض لطرفا الدعوى، ثم نبين مدة تقادم دعوى الإثراء.

المطلب الأول : طرفا الدعوى

طرفا دعوى الإثراء هما المدعي، المفتقر، والمدعى عليه، المثرى.

أولا: المفتقر والمثرى

المفتقر وحده هو الذي يحق له أن يطالب بالتعويض ويقوم مقامه في ذلك النائب والخلف.

أما المثرى فهو المدعى عليه وهو وحده المسئول عن تعويض المفتقر ويقوم مقامه في ذلك النائب والخلف.

ثانيا: الأهلية الواجبة فى طرفى الدعوى

تنص المادة ١٧٠ مدنى على أن "كل شخص، ولو غير مميز، يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم.....".

طبقاً لهذا النص فإنه لا يشترط فى المفتقر ولا فى المثرى أهلية ما. فناقص الأهلية أو عديم التمييز يجوز أن يكون مدعياً أو مدعى عليه فى دعوى الإثراء.

هذا الحكم يمليه المنطق القانونى السليم حيث أن الأهلية لا تكون متطلبة إلا بصدد الإلتزامات الإرادية، التى تنشأ عن العقد أو الإرادة المنفردة، أما بالنسبة لالتزام المثرى فإنه ينشأ عن واقعة قانونية لا عن تصرف قانونى ولذلك كان من المنطقى عدم تطلب أهلية ما. ولا يقدح فى ذلك اشتراط القانون التمييز لقيام المسئولية التقصيرية، والتى تنشأ أيضا عن واقعة قانونية، وذلك لأن هذه المسئولية تقوم على الخطأ ولا يتصور قيام الخطأ فى جانب الشخص إلا إذا كان يدرك أنه قد ارتكب خطأ، والإدراك مرتبط بالتمييز، ولذلك فإن التمييز ركن فى الخطأ.

لكن إذا كان المثرى ناقص الأهلية فإنه لا يلزم إلا برد ما عاد عليه من منفعة.

المطلب الثانى

تقادم دعوى الإثراء

تنص المادة ١٨٠ مدنى مصرى على أنه "تسقط دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه فى التعويض، وتسقط الدعوى كذلك فى جميع الأحوال بانقضاء خمسة عشر سنة من اليوم الذى ينشأ فيه هذا الحق".

وعلى ذلك فإن دعوى الإثراء تتقادم بأقرب الأجلين على النحو التالى :

١- تتقادم دعاوى الإثراء بثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه المفتقر بحقه فى التعويض وبمن أثرى من هذا الافتقار.

٢- تتقادم دعوى الإثراء بخمس عشرة سنة من يوم نشوء الحق فى المطالبة بالتعويض.

الغالب أن تتقادم الدعوى بمضى المدة الأولى لكن قد يحدث أن تتقادم بمضى المدة التالية وذلك إذا لم يتسن للمفتقر العلم بحقه فى التعويض إلا بعد مضى مدة ١٣ سنة وقت نشوء الحق فى المطالبة بالتعويض، فى هذه الحالة تتقادم الدعوى بمضى المدة الطويلة لأن الباقى منها أقل من المدة القصيرة.

المبحث الثانى

التعويض

وهنا سنعرض، لمدى إلتزام المثرى بالتعويض، ولكيفية تقدير الإثراء والافتقار، وأخيراً لوقت تقديره.

المطلب الأول : مدى إلتزام المثرى بالتعويض

تنص المادة ١٧٩ مدنى مصرى على أن المثرى دون سبب قانونى على حساب شخص آخر "يلتزم فى حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة، ويبقى هذا الإلتزام قائماً لو زال الإثراء فيما بعد".

- يتضح من هذا النص أن التزام المثرى يحده حدان : مقدار الافتقار ومقدار الإثراء. فإذا كان للمفتقر أن يطالب بتعويض عن الخسارة التى لحقته سواء كانت هذه الخسارة إيجابية (المصاريف التى صرفها) أو سلبية (الكسب الذى كان سيحققه) إلا أن هذا ليس معناه أن المفتقر سيعوض تعويضاً كاملاً حيث يوجد الحد الآخر الذى يجب أن يتقيد به وهو الإثراء، فالمفتقر لا يستطيع أن يطالب المثرى بأكثر من مقدر ما ناله من إثراء فعلاً.

• وعلى ذلك لا يجوز للمفتقر أن يأخذ من المثرى أكثر من مقدار الإثراء لأن ذلك سيؤدى، من ناحية، إلى إثراء المفتقر على حساب المثرى، بدون سبب، كما أنه من ناحية أخرى أن المثرى لا يحاسب على خطأ ارتكبه فيلزم بتعويض كامل الخسارة، وإنما يحاسب على ما ناله من إثراء فعلاً.

• وإذا كانت قيمة الإثراء تزيد على قيمة الافتقار فلا يجوز للمفتقر المطالبة باسترداد كل قيمة الإثراء وإنما يتقيد فى مطالبته بقيمة الافتقار فقط. هذا يرجع إلى استناد الدعوى إلى المصلحة ولما كان ما زاد من إثراء على الافتقار لا مصلحة للمفتقر فيه، فلا دعوى للمطالبة به.

- خلاصة القول أن دعوى الإثراء لا تنتهى إلا إلى أقل القيمتين : قيمة الإثراء وقيمة الافتقار. ولما كان الإثراء أو الافتقار من الوقائع المادية فإنه يصح إثباتها بجميع وسائل الإثبات ومنها البينة والقرائن[1].

المطلب الثانى: كيفية تقدير الإثراء والافتقار

وهنا سنعرض على التوالى لكيفية تقدير الإثراء، ولكيفية تقدير الافتقار.

أولا : كيفية تقدير الإثراء

يؤخذ فى الاعتبار عند تقدير الإثراء ما عسى أن يكون المثرى قد تكلفه من مصروفات لجلب هذا الإثراء لنفسه "مع ملاحظة أنه لأثر لحسن أو سوء نية المثرى على تقدير التعويض حيث أن إلتزام المثرى لا شأن له بنيته وإنما يقوم هذا الإلتزام على واقعة الإثراء فى ذاتها.

ويختلف تقدير الإثراء بحسب ما إذا كان الذى دخل ذمة المثرى مبلغ من النقود، أو تحسينات، أو منفعة أو خدمة، أو عمل أو إثراء سلبى.

أ- إذا كان الإثراء نقد دخل فى ذمة المثرى. كما إذا استولى المثرى على مبلغ من النقود للمفتقر فإن قيمة الإثراء هو هذا المبلغ النقدى بقدر عدده دون نظر إلى ارتفاع أو انخفاض قيمة العملة. أما الفوائد تستحق من وقت المطالبة القضائية. إذا كان المثرى غير كامل الأهلية، فلا يرد من هذا المبلغ ما يكون قد أضاعه فى غير منفعة.

ب- إذا كان الإثراء تحسينات استحدثها المفتقر فى مال المثرى، مثل ذلك أعمال الترميمات، وتوريد المواد اللازمة لهذه الأعمال، وبناء طبقات جديدة،

---

(١) نقض ١٩٧٦/٣/١٦ س٢٧ ص٦٦٢، ١٩٧٢/٥/١٦ س٢٣ ص٩١٩

تقدر هذه التحسينات بما زاد فى مال المـثرى بسـببها وقت الاسـتحداث، فـهذا هـو الإثراء.

جـ- إذا كان الإثراء منفعـة أو خدمـة أو عمـلا أو إثـراءً سـلبياً، فـإذا كـان الإثراء منفعة حصل عليها المثرى، كما لو سكن مـنزل المفتقـر دون عقـد إيجـار، أو كما لو استهلك نوراً أو ماء عن طريق أسلاك أو مواسير خلفية، فتقـوم المنفعـة بأجرة المثل للمنزل، أو بثمـن النـور والمـاء بالسـعر المحـدد لـهما دون نظـر إلـى حسن أو سوء نية المثرى.

أما إذا كان الإثراء خدمة أو عملاً، كما لو قرب السمسـار مـا بيـن البـائع والمشترى ثم تمت الصفقة دون وساطته، والعامل الفنى الذى يبتكر اختراعـاً يفيـد منه رب العمل، يقوم الإثراء بقـدر الفـائدة التـى عـادت علـى المـثرى نتيجـة لـهذه الخدمة أو هذا العمل.

أما إذا كان الإثراء سلبياً، كما لو دفـع شـخص دينـاً علـى آخـر، أو أتلـف متاع يملكه لينقذ منزل جاره من الحريق، فيقدر الإثراء بمقـدار مـا أثـرى المديـن، بقدر المدين الذى دفعه عنه المفتقر، أو بمقدار ما احترق من ماله.

ثانيا : كيفية تقدير الافتقار

ويقدر الإفتقار بالكيفية التى تم بها تقدير الإثراء :

- فإذا كان الافتقار نقداً فقد تسـاوى مـع الإثـراء، لأن مـا دخـل فـى ذمـة الثرى مماثل فى مقداره ما خرج من ذمة المفتقر. فيكون الافتقار هو المبلغ النقدى وفوائده من يوم المطالبة القضائية.

- وإذا كان الافتقار تحسينات استحدثها المفتقر فى مال المـثرى قـدر هـذا الافتقار بمقدار ما أنفق لاستحداثها، لكن التعويض الذى سـيرجع بـه المفتقـر يتقيـد بأقل القيمتين، ما زاد فى مال الثرى وما أنفق فى استحداث التحسينات.

- إذا كان الافتقار منفعة استهلكها المثرى فيكون مقدار الافتقار هـو نفـس مقدار الإثراء وبالتالى يكون مقدار التعويض مساوياً لقيمة هذه المنفعة.

- وإذا كان الافتقار خدمة أو عملاً أداة المفتقر، فتقدير الافتقار يتوقف على ما إذا كان المفتقر محترفاً، كالمحامى أو العامل الفنى، أو غير محترف. فى الحالة الأولى يقدر الافتقار بالقيمة التجارية للخدمة أو العمل، وفى الحالة الثانية يقدر الافتقار بقدر ما تكبده من نفقات وما فاته من ربح معقول بسبب قيامه بهذه الخدمة أو العمل.

المطلب الثالث: وقت تقدير الإثراء والافتقار

وهنا نعرض على التوالى لوقت تقدير الإثراء، ثم لوقت تقدير الافتقار.

أولا: وقت تقدير الإثراء

يقدر الإثراء من وقت حصوله[1] لا من وقت رفع الدعوى ولا وقت صدور الحكم. وعلى ذلك فالالتزام بتعويض المفتقر عما لحقه من خسارة لا يؤثر فيه أن يكون الإثراء قد زال فيما بعد، أى وقت رفع الدعوى أو وقت صدور الحكم. كما لا عبرة بنقص قيمة الإثراء أو زيادته وقت رفع الدعوى أو وقت صدور الحكم.

ثانيا: وقت تقدير الافتقار

يرجع فى تقدير الافتقار إلى وقت صدور الحكم[2] لا إلى وقت وقوعه ولا وقت رفع الدعوى[3]. وتقدير الافتقار وقت صدور الحكم يكون قاسياً على تقدير الضرر فى المسئولية التقصيرية حيث أن كل منهما لا تسمح طبيعتها بتقديره تقديراً نهائياً إلا من وقت صدور الحكم، وذلك لاحتمال تغيره حتى هذا الوقت[4].

---

(١) نقض ١٩٨٧/١/٧ الطعن ٨٧٨ لسنة ٥٣ ق.
(٢) نقض ١٩٨٤/٣/١٩ س٣٥ ص٧٤١، ١٩٨٧/١/٧ السابق الإشارة إليه.
(٣) السنهورى، الوسيط، جـ١ فقرة ٨١٣.
(٤) حشمت أبو ستيت، نظرية الإلتزام، الطبعة الثانية فقرة ٥٨٧ عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، فقرة ٥٧٧، ويذهب هؤلاء الفقهاء إلى أن العبرة فى تقدير الافتقار بوقت حصوله

الفصل الثانى

تطبيقات الإثراء بلا سبب

- دفع غير المستحق والفضالة : وقد ذكر القانون تطبيقين للإثراء بلا سبب هما :

١- دفع غير المستحق.

٢- الفضالة وسنتكلم عن كل منهما تباعاً.

الفرع الأول

دفع غير المستحق

Le Paiment de L'indÛ

وهنا سنعرض لشروط دفع غير المستحق، ثم نتكلم عن أحكامه.

المبحث الأول

شروط دفع غير المستحق

تنص المادة ٨١ مدنى مصرى على أن "أن كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له وجب عليه رده. ٢- على أنه لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم بأنه غير ملزم بما دفعه، إلا أن يكون ناقص الأهلية، أو يكون قد أكره على هذا الوفاء".

وتنص المادة ١٨٢ مدنى مصرى على أنه "يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يتحقق سببه أو لالتزام زال سببه بعد أن تحقق".

دفع غير المستحق هو قيام شخص بوفاء دين غير مستحق عليه، فيكون على الموفى له رد ما أخذه لأن فى احتفاظه به إثراء بلا سبب على حساب غيره

ولذلك يشترط ألا يكون هنـاك رابطـة عقدية بيـن طرفـى الخصومـة[1]. ويشـترط لالتزام الموفى له بالرد قبل الموفى شرطان :

أولا، الوفاء بدين غير المستحق، ثانيا، اعتقاد الموفى بالتزامه بالدين.

المطلب الأول

الوفاء بدين غير مستحق

يتضمن هذا الشرط أمرين أولا، الوفاء، ثانيا، بدين غير مستحق.

أولاً : الوفاء

- يشترط لالتزام الموفى له بالرد قبل الموفى أن يكون هناك وفـاء قد تـم لدين غير مستحق.

والوفـاء تصـرف قـانونى يخضـع فـى إثباتـه للقواعـد العامـة لإثبـات التصرفات القانونية، وبخاصة ما تعلق منـها بنصـاب الإثبـات بالكتابـة أو بالبينـة. كما أن الوفاء ينصرف إلى تنفيذ الالتزام أيا كان محله، أى سواء أكان محلـه مبلـغ من النقود أو تسليم شىء، أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وعلى ذلك الوفـاء بـالمعنى القـانونى لا يقتصـر – كمـا هـو الحـال فـى معنـاه الـدارج – علـى تنفيـذ الالتزامات التى يكون محلها مبلغ من النقود.

لا يشترط فـى الوفـاء بـالدين أن يكـون وفـاءً مباشـراً، لأن عبـارة المـادة ١٨١ مدنى "كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مسـتحقاً لـه وجـب عليـه رده" عبارة عامة تتناول جميع ضروب الوفاء وما يقوم مقام الوفاء، الوفـاء بمقـابل، أو المقاصة، أو إعطاء إقرار جديد بالدين".

- وإذا لم تتحقق للعمل صفة الوفاء، فلا تطبق قاعدة دفع غـير المسـتحق، بل القاعدة العامة فى الإثراء بلا سبب، كالبناء فى أرض الغير مثلاً.

---

(١) نقض ١٩٧٣/٤/٣ س٢٤ ص٥٥٩ حيث أن العقد وحده سيكون هو مناط تحديد حقوق كل منهما والتزاماته قبل الآخر.

ثانياً : بدين غير مستحق

ويعتبر الدين غير مستحق فى الحالتين الآتيتين :

الحالة الأولى : إذا كان الدين غير مستحق ابتداء

ويكون كذلك للأسباب الآتية :

١- إذا كان الدين منعدماً من الأصل، كأن لم يكن له وجود أصلا فى أى وقت، كوارث يدفع ديناً يظن أنه على التركة ثم يتضح ألا وجود لهذا الدين. وقد يكون منعدماً من الأصل بالنسبة للموفى، كشخص يدفع دين غيره اعتقاداً منه بأنه يدفع دين نفسه. وقد يكون الأمر كذلك بالنسبة للموفى له، كما لو كان الموفى مديناً ولكنه دفع الدين لغير الدائن معتقداً بأنه هو الدائن[1]. وأخيراً قد يكون الدين منعدماً من الأصل إذا كان مصدره عقداً باطلاً، أو كان ديناً طبيعياً لا جبر فى تنفيذه".

٢- الوفاء بدين معلق على شرط واقف قبل تحققه أو بعد تخلفه أو الوفاء بدين مضاف إلى أجل قبل حلول الأجل جاهلا قيام الأجل. ونصت على هذه الحالة المادة ١٨٣ مدنى وأوردت لها حكم خاص.

٣- الوفاء بدين قد انقضى قبل الوفاء بسبب من أسباب الانقضاء مثل أن يكون الدين قد وفاه المورث، ولم يعثر الوارث على المخالصة، فوفى الدين مرة أخرى، فيكون قد دفع ديناً غير مستحق وقت الوفاء.

الحالة الثانية : إذا كان الدين مستحقا وقت الوفاء ثم أصبح غير مستحق

فى هذه الحالة الدين موجود ومستحق وقت الوفاء ولكن يزول سببه بعد ذلك، ويكون ذلك للأسباب الآتية :

١- إذا كان الدين معلقا على شرط فاسخ، فإن دفع المدين له يكون وفاء لدين مستحق، فإذا تحقق الشرط زال الالتزام بأثر رجعى وأصبح الوفاء وفاء بدين غير مستحق.

---

(١) فى هذه الحالة يلتزم المدفوع له بالرد إلا إذا نسب إلى الدافع نية القيام بتبرع أو أى تصرف قانونى آخر" نقض ١٩٩٢/٤/١٩ الطعنان ١٧١٦، ١٨٦١ لسنة ٥١ ق.

٢- إذا كان الدين ناشئاً عن عقد قابل للفسخ أو للإبطال. فإذا قام المتعاقد بالوفاء بهذا الدين فإن وفاءه يكون وفاءً لدين مستحق الأداء، ثم تزول الرابطة العقدية بالفسخ أو بالإبطال بأثر رجعي فيصبح الوفاء وفاء بدين غير مستحق[١].

المطلب الثانى

اعتقاد الموفى بالتزامه بالدين

تنص المادة ٢/١٨١ مدنى مصرى على أنه لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه، إلا أن يكون ناقص الأهلية، أو يكون قد أكره على الوفاء.

وعلى ذلك لا يكفى أن يقوم الموفى بدفع دين غير مستحق أصلاً بل يجب كذلك أن يكون معتقداً وقت الوفاء أنه ملزم بأداء الدين، أى أن يكون واقعاً فى غلط. والقانون لم يشترط ذلك الشرط صراحة إلا أنه مشروط ضمناً إذ لا يعقل أن يدفع شخص ديناً غير مستحق إلا أن يكون ذلك الشخص يعتقد عن غلط أن الدين مستحق. فالغلط مفروض أى أن هناك قرينة على وجود الغلط ولذلك لا يكلف الموفى بإثبات الغلط حتى يجوز له الاسترداد.

هذه القرينة تقبل إثبات العكس إذ يجوز للموفى له أن يثبت أن الموفى كانت عنده نية التبرع أو إسداء خدمة، أو التنازل عن الأجل، أو إجازة العقد القابل للإبطال.

- أما إذا كان يعلم بأنه غير ملزم بما دفعه فإنه لا يستطيع أن يطلب الاسترداد إلا أن يثبت الموفى أحد أمرين :

١- أنه كان ناقص الأهلية وقت الوفاء، وبذلك يستطيع أن يطلب إبطال الوفاء بسبب نقص أهلية وأن يسترد ما دفع حتى ولو كان يعلم وقت الدفع بأن الدين الذى دفعه لم يكن مستحقاً فى ذمته.

---

(١) ولا يتصور فى هذه الحالات أن يكون طالب الرد عالماً وقت الوفاء بأنه غير ملتزم بما أوفى لأنه كان ملتزماً به فعلاً وسواء تم الوفاء اختياراً أو جبراً فإن الالتزام بالرد يقوم بمجرد زوال سبب الوفاء، نقض ١٩٩٢/٤/١٩ السابق الإشارة إليه.

٢- إنه كان مكرهاً على الوفاء به، فإنه يستطيع أيضاً أن يسترد ما دفع دون حق ولو أنه وقت الدفع كان يعلم أنه يدفع ديناً غير مستحق مثال ذلك أن يفقد التاجر المخالصة ويطالبه الدائن مرة أخرى ويهدده بشهر إفلاسه إذا لم يدفع فيضطر إلى دفعه مرة أخرى، ثم يعثر بعد ذلك على المخالصة فله عندئذ استرداد ما وفاة ثانية.

- **نطاق هذا الشرط :** هذا الشرط قاصر على الحالة الأولى للوفاء بدين غير مستحق ابتداءً أما بالنسبة للحالة الثانية والتى يكون الوفاء فيها قد تم بمقتضى العقد القابل للفسخ أو الإبطال ويصبح بعد ذلك وفاء غير المستحق بعد فسخ العقد أو إبطاله، فإنه لا يتصور أن يكون الوفاء قد حصل عن غلط إذ أن الوفاء كان حاصلاً بمقتضى عقد قائم وأن الوفاء أصبح وفاء بدين غير مستحق بعد زوال سبب الدين، العقد القابل للفسخ أو الإبطال، بعد أن يتم الوفاء به.

- يشترط – على سبيل الاستصحاب – ألا يكون هناك لدفع غير المستحق سبب قانوني، عقد أو نص قانوني، حيث إنه فى هذه الحالة سيحكم هذه العلاقة العقد أو حكم القانون لا أحكام دفع غير المستحق وذلك باعتبار أن دفع غير المستحق ليس إلا تطبيقاً للإثراء بلا سبب.

- ومما تجدر ملاحظته فى هذا الصدد أنه عند تخلف شروط دفع غير المستحق يمكن تطبيق أحكام الإثراء بلا سبب إذا توافرت شروطه.

المبحث الثانى

أحكام دفع غير المستحق

وهنا سندرس مدى ما يجب على الموفى له رده، ثم نتكلم عن سقوط دعوى استرداد غير المستحق.

المطلب الأول

مدى ما يجب على الموفى له رده

تنص المادة ١٨٥مدنى مصرى على أنه "إذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية فلا يلتزم أن يرد إلا ما تسلم" ٢- أما إذا كان سىء النية فإنه

يلتزم أن يرد الفوائد والأرباح التى جناها، أو التى قصر فى جنيها من الشىء الذى تسلمه بغير حق، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذى أصبح فيه سىء النية". ٣- وعلى أى حال يلتزم من تسلم غير المستحق برد الفوائد والثمرات من يوم رفع الدعوى".

ويتضح من هذا النص أن المشرع يفرق فى المعاملة بين الموفى له حسن النية والموفى له سىء النية من حيث مدى ما يجب عليه رده. علاوة على ذلك إفراد المشرع إلى جانب ذلك حكمين خاصين أحدهما يتعلق بالوفاء بدين مؤجل قبل حلول الأجل (م١٨٣) والآخر يتعلق بالوفاء لناقص الأهلية (م١٨٦) ولذلك سنعرض لهذه الأحكام على التوالى.

أولاً : الموفى له حسن النية

ويقصد بحسن النية هنا أن الموفى له كان يعتقد أنه يتسلم ما هو مستحق له. والأصل هو افتراض حسن النية وعلى من يدعى العكس أن يثبته. ويجوز الإثبات هنا بكافة طرق الإثبات لأن الأمر يتعلق بواقعة مادية ويعتبر الموفى له دائماً سىء النية من يوم رفع الدعوى عليه. والموفى له حسن النية لا يلتزم إلا برد ما تسلم (م١٨٥ مدنى).

والشىء الموفى به إما أن يكون نقوداً أو أشياء مثلية، وإما أن يكون شيئاً معيناً بالذات ولنر حكم ذلك فى الفقرات التالية.

١- الشىء الموفى به نقوداً أو أشياء مثلية

إذا كان الموفى به نقوداً وجب على الموفى له أن يرد مقدارها بصرف النظر عن تغير سعر النقد.

- وإذا كان الموفى به أشياء مثلية وجب عليه أن يرد مقدارها. ولا يلزم الموفى له فى الحالتين برد فوائد النقود أو ثمار الأشياء طالما كان حسن النية، فإن أصبح سىء النية وهو يكون كذلك من يوم رفع الدعوى عليه فإنه يلتزم برد الفوائد والثمار من ذلك اليوم.

٢ـ الشيء الموفى به عين معينة بالذات

إذا كان الشيء الموفى به عيناً معيناً بالذات سواء في ذلك أكانت من المنقولات أو من العقارات. فإنه يجب على الموفى له أن يردها إلى الموفي ويكون للموفي في استرداد تلك العين دعويان دعوى غير المستحق وهي دعوى شخصية، ودعوى الاستحقاق وهي دعوى عينية، والذي يخصنا هو الدعوى الأولى.

أـ بالنسبة للثمار والمصروفات

ـ فيما يتعلق بالثمار لا يلتزم الموفى له برد الثمار ما دام أنه حسن النية حيث أنه يتملكها بالقبض إلى اليوم الذي يصبح فيه سيء النية إلى يوم رفع الدعوى (م١٨٥ مدني، المادة ٩٧٨ مدني).

ـ فيما يتعلق بالمصروفات : يجب التفرقة بين ثلاثة أنواع من المصروفات.

- المصروفات الضرورية التي أنفقها الموفى له على العين يستردها كلها من الموفي.
- المصروفات النافعة التي أنفقها الموفى له على العين يخير الموفي بين أن يدفع ما أنفقه الموفى له من مصروفات، وبين أن يدفع قيمة ما زاد في العين بسبب هذه المصروفات إلا إذا طلب الموفى له نزع ما استحدثه.
- المصروفات الكمالية التي أنفقها الموفى له على العين فلا رجوع له بها على الموفي، ولكن للموفى له نزع ما استحدثه منها بشرط إعادة العين إلى حالتها الأولى، إلا إذا رأى الموفي استبقاءها مع دفع قيمتها مستحقة الإزالة (م٩٨٠ مدني).

ب ـ في حالة هلاك العين أو تلفها

القاعدة أنه إذا كان الموفى له حسن النية وانتفع بالعين الانتفاع العادي وفقا لما يحسبه حقه وهلكت العين أو تلفت فلا يكون مسئولا إلا بقدر ما عاد عليه

من منفعة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف (م٩٨٣ مدنـى) كما إذا انتفع بأنقاض منزل ببيع هذه الأنقاض أو باستعمالها فى بناء منزل آخر.

أما إذا كان الهلاك أو التلف قد حصل بخطأ منه فإنـه يكـون مسـئولا عـن هذا الهلاك أو التلف وعلى الموفى أن يثبت ذلك الخطأ.

جـ - حالة التصرف فى العين

الفرض أن الموفى له قد تصرف فى العين قبل أن يعلم بأنه ملزم بردهـا. والسؤال الآن ما حكم هذا التصرف؟ للإجابة على هذا السؤال يجب أن نفرق فـى الحكم بين علاقة الموفى والموفى له، وعلاقة الموفى بالغير.

- فيما يتعلق بالعلاقة بين الموفى والموفى له : فإن الأمـر يتوقـف علـى ما إذا كان التصرف فى العين بعوض، أو بغير عوض، فـى الحالـة الأولـى يلـتزم الموفى له أن يرد للموفى قدر العوض الذى أخذه فإن لم يكن أخذه وجب أن يحول حقه فى المطالبة به إلى الموفى. فى الحالة الثانية لا يلـتزم الموفـى لـه بشـىء فـى مواجهة الموفى.

- فيما يتعلق بالعلاقة بين الموفى والغير : الـذى انتقلت إليـه العيـن مـن الموفى له. مقتضى القواعد العامة أن التصرف الصادر من الموفى لـه إلـى الغـير لا يحتج به فى مواجهة الموفى لأنه تصرف صادر من غير مالك وسواء فى ذلـك أن يكون هذا التصرف معاوضة أو تبرعاً.

وعلى ذلك يجوز للموفى أن يسترد العين من الغـير بدعـوى الاسـتحقاق، إلا أن يكون ذلـك الغير قـد كسـب ملكيـة العيـن بسـبب آخـر مـن أسـباب اكتسـاب الملكية، كالتقادم فى العقار، وكالحيازة بحسن نية فى المنقول. ولن يضـار الموفـى فى الحالة الأخيرة. إذا كان التصرف الصادر إلى الغير بعوض لأنه سيسـترد هـذا العوض من الموفى له، أما إذا كان التصرف بغير عوض فسيتحقق الضرر، لأنـه لا رجوع له على الموفى له بدعوى غير المستحق لأن الموفى له حسن النيـة وقـد صدر التصرف منه بطريق التبرع، ولا رجوع له كذلك بدعوى الإثراء بلا سـبب

على الغير لأن لهذا الإثراء سبباً وهو التبرع الصادر إلى الغير وهذا الحكم تمليه القواعد العامة وإن كان مجافياً للعدالة[1]

ثانياً : الموفى له سيء النية

الفرض هنا أن الموفى له كان سيء النية أى أنه كان يعلم وقت تسليم الشيء أو بعد ذلك أنه يتسلم ما ليس مستحقاً له، وعبء إثبات سوء النية يقع على الموفى. والقاعدة فى هذه الحالة هى إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل دفع غير المستحق. لكن لتطبيق هذه القاعدة يجب أن نفرق أيضاً بين ما إذا كان الشيء الموفى به نقوداً أو أشياء مثلية أو كان معيناً بالذات.

١- الموفى به نقود أو أشياء مثلية

- إذا كان الموفى به نقوداً أوجب على الموفى له أن يرد مقدار النقود التى تسلمها، مع تعويض الموفى عن تغير سعر النقد.

- إذا كان الموفى به أشياء مثلية وجب عليه رد مقدارها.

وفى الحالتين يلتزم الموفى له بفوائد[2] وثمرات الموفى به لأنه سيء النية وقد نصت المادة ٢/١٨٥ مدنى مصرى على أنه "إذا كان سيء النية فإنه يلتزم أن يرد أيضاً الفوائد والأرباح التى جناها، أو التى قصر فى جنيها من الشيء الذى تسلمه بغير حق، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذى أصبح فيه سيء النية". وفى جميع الأحوال يلزم برد الفوائد والثمار من يوم رفع الدعوى.

٢- الموفى به عين معينة بالذات

يلتزم الموفى له سيء النية برد العين للموفى ما دامت العين موجودة.

---

(١) لذلك نص فى المشروع التمهيدى للقانون المدنى فى المادة ٢/٢٥٧ على جواز رجوع الموفى على الغير بتعويض لا يجاوز قيمة ما أثرى به إلا أن هذا قد حذف فى لجنة المراجعة. وهذا النص الوارد فى المشروع يتفق وحكم القانون المدنى الإيطالى.

(٢) نقض ١٩٨٦/٤/٣ س٣٧ ص٣٩٧ ويعتبر فى جميع الأحوال سيء النية من تاريخ رفع الدعوى.

أ- بالنسبة للثمار والمصروفات : فيما يتعلق بالثمار فإنه يلتزم برد الثمار التى قبضها والتى قصر فى قبضها وله أن يسترد ما أنفقه فى إنتاج هذه الثمار (م٩٧٩ مدنى مصرى).

فيما يتعلق بالمصروفات فإن حكمها على النحو السابق بيانه بصدد الموفى له حسن النية وذلك طبقا لنص المادة ٩٨٠ مدنى مصرى.

ب- حالة هلاك العين أو تلفها : يكون الموفى له السيء النية مسئولا عن هلاك العين ولو كان الهلاك بقوة قاهرة، لا يدرأ عنه المسئولية إلا أن يثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقيا فى يد الموفى (م٩٨٤ مدنى مصرى). والتزام الموفى له فى حالة هلاك أو تلف أو ضياع العين يكون برد قيمتها وقت الهلاك كل هذا دون إخلال بحق الموفى فى استرداد العين تالفة مع تعويض عن التلف الحادث.

جـ- التصرف فى العين : إذا كان الموفى له قد تصرف فى العين مع علمه بالتزامه بردها أى كان سيء النية وجب عليه ردها باسترجاعها من الغير المتصرف إليه، فإن لم يستطع كان الموفى مخيرا بين قيمة العين وبين العوض الذى أخذه فى مقابلها، فإذا كان التصرف بغير عوض فليس أمام الموفى إلا الرجوع بقيمتها على الموفى له.

أما فى العلاقة بين الموفى والغير، فلا يحتج على الموفى بالتصرف الصادر إلى الغير من الموفى له ويستطيع الموفى أن يرجع على الغير بدعوى الاستحقاق، إلا أن يكون الغير قد كسب العين بسبب آخر فلا يجوز له أن يرجع عليه بدعوى الإثراء سواء كان التصرف بعوض لأنه استرجع هذا العوض من الموفى له أو كان بغير عوض لأن للإثراء سبب وهو التبرع. ولن يضار الموفى فى هذه الحالة الأخيرة حيث أنه له الرجوع على الموفى له بقيمتها.

ثالثا : حكم الوفاء بدين مؤجل والوفاء لناقص الأهلية

وقد أفرد المشرع لكل حالة من الحالتين حكما خاصا بها ولنر ذلك بشيء من التفصيل.

١ـ الوفاء بدين مؤجل قبل حلول الأجل

الفرض الذى نحن بصدده يتعلق بالوفاء بدين مؤجل ويقوم المدين بالوفاء به وهو جاهل قيام الأجل أو كان قد أكره على هذا الوفاء. فى هذه الحالة يكون للمدين الرجوع على الدائن بدعوى غير المستحق. ويلزم الدائن برد الموفى به إلى المدين على أن يوفى به هذا الأخير عند حلول الأجل، هذا هو مقتضى القواعد العامة لكن المشرع رأى اختصاراً للإجراءات أن يقتصر الرد فى هذه الحالة على ما استفاده الدائن بسبب الوفاء المعجل (م١٨٣ مدنى) وهذا يحقق مصلحة الدائن بتجنبه إعسار مدينه ودون إضرار بهذا الأخير.

وتطبيقاً لذلك إذا كان الدين الذى عجل الوفاء به مبلغاً من النقود فيجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاد بسبب الوفاء المعجل فى حدود ما لحق المدين من ضرر، بأن يلتزم الدائن أن يرد للمدين فائدة الدين بالسعر الاتفاقى أو بحسب السعر القانونى إذا لم يكن هناك اتفاق على سعر الفائدة عن المدة الباقية لحلول الأجل (م٢/١٨٣ مدنى مصرى).

٢ـ الوفاء لناقص الأهلية

ـ الأصل أن يلتزم المثرى بالرد لا يتوقف على أهليته، وذلك لأن التزامه بالرد لا يقوم على إرادته وإنما يقوم على واقعة الإثراء.

ـ إلا أن المشرع خرج عن هذه القاعدة بالنسبة لناقص الأهلية فقرر فى المادة ١٨٦ مدنى أنه "إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزما إلا بالقدر الذى أثرى به".

ـ وبذلك يكون المشرع قيد مسئولية الموفى له ناقص الأهلية بأن لا يلزم إلا برد القدر الذى أثرى به ولو كان أقل مما دفعه الموفى وبصرف النظر عن حسن أو سوء نيته وبهذا يكون المشرع قد خرج عن القاعدة العامة فى رد غير المستحق والتى بمقتضاها يلزم الموفى له برد ما تسلم دون حق فتكون قيمة الإثراء هى نفس قيمة الافتقار. أما بالنسبة لناقص الأهلية فلا يرد إلا ما عاد إليه من نفع فعلى لا حكمى".

- وعلى ذلك إذا تسلم ناقص الأهلية عيناً معينة بالذات فهلكت أو تلفت بقوة قاهرة لا يكون ملزماً بشيء فى مواجهة الموفى حتى ولو كان سيء النية لأنه لم ينتفع بشيء. أما إذا كان الهلاك أو التلف بخطئه فإنه يكون مسئولاً لأنه مميز والمسئولية مناطها التمييز وعندئذٍ يجب عليه التعويض.

- إذا كان الموفى له ناقص الأهلية قد تصرف فى العين بطريق التبرع فإن الموفى لا يرجع عليه بشيء لأنه لم ينتفع بالعين حتى لو كان سيء النية وقت التبرع.

المطلب الثانى

سقوط دعوى استرداد غير المستحق

تسقط دعوى استرداد غير المستحق لسببين الأول سقوط الدعوى بسبب تجرد الموفى له حسن النية من سند الدين أو من تأميناته أو تركه الدعوى تسقط بالتقادم. الثانى سقوط الدعوى بالتقادم.

أولاً : تجرد الموفى له حسن النية من سند الدين أو من تأميناته أو تركه دعواه تسقط بالتقادم

•الفرض الذى نحن بصدده هنا يتمثل فى أن شخصاً غير المدين قام بالوفاء بالدين للدائن وكان هذا الأخير حسن النية وقت استيفاء حقه، فاعدم سند الدين، أو سلمه للموفى، ولم يستطيع إرجاعه، أو أغفل المحافظة عليه بأى وجه أو تجرد من تأمينات الدين، بأن أغفل قيد الرهن، أو لم يجدد القيد أو شطب الرهن، أو نزل عنه، أو أبرأ ذمة الكفيل أو غير ذلك.

فى هذا الفرض يسقط حق الموفى فى الرجوع على الموفى له بدعوى غير المستحق. وهنا كان لابد أن يضحى القانون بأحد الحقين، حق الموفى أو حق الموفى له. ولما كان الموفى له لا مأخذ على مسلكه وكان الموفى مقصراً بسبب غلطه فقد ضحى القانون بحق الأخير ومنعه من أن يسترد من الموفى له ما وفاه إليه. لكن ألزم القانون المدين الحقيقى بتعويض الموفى وأعطى له حق الرجوع

عليه بدعوى الإثراء بلا سبب لأنه قد دفع له دينه وبذلك يكون المدين الحقيقى قد أثرى بقدر ما افتقر الموفى.

• وقد يحدث أيضاً أن يترك الدائن دعواه قبل المدين الحقيقى تسقط بالتقادم بعد أن اطمأن إلى استيفائه لحقه. وهذا أيضاً رجح حق الدائن حسن النية فلا يجوز للموفى الرجوع عليه لأنه إذا رجع واسترد ما دفع استحال على الدائن الرجوع على المدين الحقيقى لتقادم دعواه.

تنص المادة ١٨٤ مدنى مصرى على أنه "لا محل لاسترداد غير المستحق إذا حصل الوفاء من غير المدين وترتب عليه أن الدائن، وهو حسن النية، قد تجرد من سند الدين، أو مما حصل عليه من التأمينات أو ترك دعواه قبل المدين الحقيقى تسقط بالتقادم. ويلتزم المدين الحقيقى فى هذه الحالة بتعويض الغير الذى قام بالوفاء".

ويشترط فى المخالصة لدى الموفى لكى تكون حجة على المدين الحقيقى عند رجوعه عليه بدعوى الإثراء بلا سبب أن تكون ثابتة التاريخ وذلك لمنع التواطؤ للإضرار به. وعلى ذلك إذا تواطأ الدائن الذى سقط حقه بالتقادم مع أجنبى للوفاء له بدينه وإعطائه مخالصة يجعل تاريخها سابقاً على سقوط الدين بالتقادم وذلك ليمكنه من الرجوع على المدين بما دفع وبذلك يصل الدائن إلى مبتغاه بالحصول على حقه الذى سقط بالتقادم ولذلك فإن اشتراط ثبوت التاريخ للمخالصة سيرد عليه سوء قصده.

ثانياً : سقوط الدعوى بالتقادم

تنص المادة ١٨٧ مدنى مصرى على أن "تسقط الدعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه فى الاسترداد وتسقط الدعوى كذلك فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه هذا الحق".

ويتبين من هذا النص أن دعوى استرداد ما دفع بغير حق تسقط بأقصر المدتين :

١- ثلاث سنوات تسرى من اليوم الذى يعلم فيه الموفى بحقه فى الاسترداد أى من اليوم الذى يعلم فيه أنه دفع ديناً غير مستحق عليه وعادة لا يعلم الموفى بحقه فى الاسترداد إلا بعد الوفاء بمدة تطول أو تقصر. لكن إذا تم الوفاء تحت إكراه أو كان الموفى ناقص الأهلية فإن هذا التقادم القصير يبدأ من تاريخ الوفاء لأنه من هذا التاريخ يعلم الموفى بحقه فى الاسترداد.

٢- خمس عشرة سنة من تاريخ الوفاء أى من اليوم الذى ينشأ فيه الحق فى الاسترداد. والغالب أن تتقادم الدعوى بمضى المدة القصيرة. غير أنه قد يحدث أن تتقادم بمضى المدة الطويلة، وذلك إذا كان الباقى من المدة الأخيرة أقل من المدة القصيرة. وهذا التقادم يرد عليه الوقف والانقطاع طبقاً للقواعد العامة[1].

الفرع الثانى
الفضالة
La gestion d'affaires

تمهيد

الفضالة هى قيام شخص عن قصد، ودون أن يكون ملزما بذلك، بشأن عاجل لحساب شخص آخر.) (م ١٨٨ مدنى).

- وتبدو لنا الفضالة وكأنها تدخل للشخص فى شئون غيره، ومع ذلك يقرها القانون ويرتب عليها آثارا قانونية معينة، وذلك لما تحققه لصالح الفرد والجماعة من تلافى إهمال الأفراد فى رعاية شئونهم. لكن القانون المدنى قد وضع لها الحدود والضوابط بما لا يسمح للشخص أن يتدخل فى شئون غيره إلا بالقدر الضرورى الذى تدعو إليه الشئون العاجلة لهذا الغير.

- والفضالة واقعة إرادية يرتب عليها القانون آثارا قانونية. فهى لذلك عمل قانونى ولكنها ليست تصرفا قانونيا. فالتصرف القانونى، على خلاف العمل القانونى، يقوم على اتجاه الإرادة إلى ترتيب آثارا قانونية، أما العمل القانونى

---

(١) والإقرار القاطع للتقادم يجب أن يكون خاليا من اللبس وبصورة لا غموض فيها وتكشف عن نية المدين فى الاعتراف بالدين نقض ١٩٩٢/٤/١٩الطعنان ١٧١٦، ١٨٦١ لسنة ٥١ ق.

فليس قوامه الإرادة كما هو الحال في التصرف القانوني، وإنما يرتب القانون الآثار القانونية دون أن يحفل القانون باتجاه الإرادة إلى ذلك أو عدم اتجاهها. ولذلك فالقانون يرتب الأثر القانوني على عمل الفضولي سواء اتجهت إرادة الفضولي إلى ذلك أو لم تتجه.

• ولتتضح لنا الصورة نعقد المقارنة بين الفضالة والوكالة. فالوكالة عقد ينشأ عن تلاقي إرادة كل من الموكل والوكيل على إحداث آثار قانونية معينة. فالوكيل يلتزم لأنه أراد أن يلتزم والقانون لا يلزمه إلا لأنه أراد أن يلتزم وفي حدود ما أراد أن يلتزم به. أما الفضالة إذا توافرت أركانها التي نص عليها القانون فإن القانون يمضي في ترتيب الآثار القانونية عليها دون النظر إلى اتجاه إرادة الفضولي إلى ذلك أو عدم اتجاهها.

• وعلى ذلك فإن الفضالة تختلف عن الوكالة في أن ما يترتب عليها من التزامات بالنسبة إلى الفضولي مصدره واقعة إرادية يرتب عليها القانون مباشرة هذه الالتزامات. أما الوكالة فإن مصدر التزام الوكيل هو العقد. كما أن الفضالة قد تكون في تصرف قانوني أو عمل مادي، أما الوكالة فهي قاصرة على التصرفات القانونية.

خطة الدراسة

لدراسة الفضالة سنقوم أولاً ببيان أركانها، ثم بعد ذلك نعرض لأحكامها.

المبحث الأول

أركان الفضالة

تنص المادة ١٨٨ مدني مصري على أن "الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر، ودون أن يكون ملزماً بذلك".

وتنص المادة ١٨٩ مدني مصري على أن "تتحقق الفضالة ولو كان الفضولي في أثناء توليه شأناً لنفسه، قد تولى شأن غيره، لما بين الشأنين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلاً عن الآخر".

ويتضح من هذين النصين أن للفضالة أركان ثلاثة :

١ـ قيام الفضولى بشأن عاجل لرب العمل.

٢ـ نية الفضولى فى أن يعمل لمصلحة رب العمل.

٣ـ ألا يكون الفضولى ملزماً بالقيام بهذا الشأن العاجل لمصلحة الغير.

المطلب الأول

قيام الفضولى بشأن عاجل لرب العمل

ويتكون هذا الركن من شقين، الأول، الشأن الذى يقوم به الفضولى، وأن يكون هذا الشأن عاجلاً.

أولاً : تحديد المقصود "بشأن"

قد يكون هذا الشأن الذى يقوم به الفضولى تصرفاً قانونياً أو عملاً مادياً فالفضالة تسع الاثنين[1].

١ـ من أمثلة التصرف القانونى : الذى يقوم به الفضولى باسم رب العمل، قبول هبة صادرة إلى رب العمل، بيع محاصيل زراعية لرب العمل مما يسرع إليها التلف، أو يوفى بضريبة واجبة على رب العمل ليتفادى توقيع حجز إدارى.

هذه التصرفات القانونية التى يقوم بها الفضولى باسم رب العمل قد تكون من أعمال الإدارة كما قد تكون من أعمال التصرف، ولا يشترط فى الحالتين أن تتوافر لدى الفضولى الأهلية اللازمة للتصرف، بل يكفى فيه أن يكون مميزاً.

ويترتب على قيام الفضولى بهذه التصرفات القانونية باسم رب العمل النتائج الآتية :

١ـ تنشأ علاقة بين الفضولى ورب العمل.

٢ـ تنشأ علاقة بين رب العمل والغير الذى تعاقد معه الفضولى.

٣ـ انصراف آثار التصرف القانونى الذى قام به الفضولى فى ذمة رب العمل.

---

(١) وقد نصت المادة ١٥٠ موجبات وعقود لبنانى على ذلك لقولها "أن الأعمال القانونية كالأعمال المادية يمكن أن تكون محوراً لعمل الفضولى".

بمقتضى النيابة القانونية التى قررها المشرع صراحة بنص المادة ١٩٥ مدنى

يلتزم الفضولى باتباع قواعد إثبات التصرفات القانونية، وخاصة قاعدة الإثبات بالكتابة فيما يجاوز خمسمائة جنيه(١)، أما رب العمل فلا يلزم باتباع هذه القاعدة فى علاقته بالفضولى لأن التصرف القانونى بالنسبة إليه يعتبر واقعة مادية.

٢ـ من الأمثلة على الأعمال المادية التى يتولاها الفضولى، قطع التقادم السارى ضد رب العمل، أو إطفاء حريق شب فى منزل رب العمل، أو كبح جماح جوادا إنقاذا لراكبه، أو جنى محصول يخشى عليه من التلف.

ويترتب على قيام الفضولى بالعمل المادى لرب العمل النتائج الآتية :

١ـ تنشأ علاقة ملزمة بين رب العمل والفضولى.

٢ـ إثبات العمل المادى الذى تولاه الفضولى بجميع طرق الإثبات.

ثانيا : تحديد المقصود بعاجل

ـ يشترط القانون لقيام الفضالة أن يقوم الفضولى بشأن عاجل لحساب شخص آخر، أى شأن ضرورى أى بشأن من الشئون التى ما كان رب العمل يتوانى فى القيام بها.

• وعلى ذلك لا يكفى فى العمل الذى يقوم به الفضولى لحساب رب العمل أن يكون مفيدا أو نافعا لهذا الأخير. والحكمة من ذلك أن المشرع لا يريد أن يتدخل الأفراد بعضهم فى شئون بعض وهو يتشدد فى الخروج على هذه القاعدة فلا يبيح لشخص أن يتدخل فى شئون شخص آخر إلا بالقدر الضرورى والذى تدعو إليه الحاجة.

• وإذا لم يتوافر فى العمل الذى يقوم به الفضولى صفة الضرورية فلا يلتزم رب العمل وفقا لأحكام الفضالة، كأن يبنى الفضولى فى أرض مملوكة لرب العمل لتحقيق استغلال هذه الأرض، أو يشترى أرضا لأنه يرى أن هذه الصفقة

---

(١) بعد تعديل المادة ٦٠ من قانون الإثبات بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٩

رابحة. أو أن يطلب الأخذ بالشفعة لحساب رب العمل، ففى كل هذه الأمثلة يكون العمل نافعا لرب العمل ولكنه لم يكن ضروريا، ولذلك لا يلتزم رب العمل به طبقا لأحكام الفضالة

- وتقدير صفة الضرورى التى تبيح تدخل الفضولى إنما يكون وقت التدخل ويجب التشدد عند تقدير هذه الصفة إذا لم يكن العمل من أعمال الإدارة وإنما كان من أعمال التصرف.

المطلب الثانى

نية الفضولى فى العمل لمصلحة رب العمل

وهنا نعرض لتحديد المقصود بهذا الركن وضرورته، ثم نعرض للفرض الذى يقوم فيه الفضولى بشأن لنفسه ويتولى فى نفس الوقت شأن غيره للارتباط بين الشأنين.

أولا : المقصود بهذا الركن وضرورة توافره

تنص المادة ١٨٨ مدنى على أن "الفضالة هى أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر ....".

يكون من المناسب هنا تحديد المقصود بكلمة "قصد" ومداها، ثم بعد ذلك نعرض لأهمية توافر هذا القصد لتمييز الفضالة عن الإثراء بلا سبب.

١- تحديد المقصود من كلمة "قصد" ومداها

- المراد بهذه الوقفة أمام كلمة "قصد" هو تحديد المدى الحقيقى لقصد الفضولى، بمعنى هل يراد بها أن تكون عند الفضولى نية القيام بأعمال الفضالة فحسب أم أنها تنصرف أيضا إلى ترتيب الآثار القانونية على هذه الأعمال ؟

- للإجابة على هذا السؤال يجب أن نشير إلى ما سبق أن بيناه من أن الفضالة واقعة إرادية. بمعنى أن القانون يرتب الآثار القانونية على أعمال الفضالة لمجرد كونها واقعة إرادية ولا يتوقف فى ترتيبه لهذه الآثار على أن الفضولى قد أراد هذه الآثار

- وعلى ذلك يجب أن يكون المراد بكلمة "قصد" هو مجرد نية القيام بأعمال الفضالة فحسب وليس نية ترتيب آثار قانونية على هذه الأعمال لأن هذه الآثار سيتولى القانون ترتيبها بمجرد قيام الفضالة.

٢- ضرورة توافر هذه النية

- إن أهم ما يميز الفضالة هو التفضل أو روح الغيرية. بمعنى أن يصدر الفضولي في عمله عن قصد تحقيق مصلحة الغير. وهذا القصد أو النية هو الذي يميز بين الفضالة والإثراء بلا سبب وله انعكاسه الخطير على مدى ما يرجع به كل من الفضولي والمثرى من تعويض.

- وعلى ذلك فالفضولي هو من يعمل لمصلحة الغير لا لمصلحة نفسه فإن عمل لمصلحة نفسه وعاد من ذلك نفع على الغير، فلا رجوع له عليه بدعوى الفضالة بل بدعوى الإثراء إن توافرت شروطها.

- ويكفي توافر نية العمل لمصلحة الغير دون أن يلزم انصرافها إلى العمل لحساب شخص معين بذاته[1]. فمتى قصد الفضولي إلى التصدي لشأن الغير، بقى عمله قائما، ولو أخطأ في شخص رب العمل، وفي هذه الحالة يكسب رب العمل الحقيقي ما يترتب على الفضالة من حقوق، ويتحمل ما ينشأ عنها من التزامات.

ثانيا : جواز أن يعمل الفضولي لمصلحة نفسه والمصلحة رب العمل في آن واحد

إذا كان من الضروري أن تتوافر لدى الفضولي نية العمل لمصلحة الغير إلا أنه لا يلزم أن تنصرف هذه النية إلى العمل لمصلحة الغير وحده، بل يجوز "أن تتحقق الفضالة ولو كان الفضولي، في أثناء توليه شأنا لنفسه، قد تولى شأن غيره، لما بين الشأنين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر" (م١٨٩ مدني مصري) فالشريك المشتاع يؤجر العين الشائعة، فيستغلها لمصلحة نفسه ولمصلحة شريكه في الشيوع، فهو فضولي بالنسبة إلى شريكه لأنه

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ٢، ص٤٧١ - ٤٧٢

عمل لمصلحة هذا الشريك، ولا يمنع من ذلك أنه عمل في الوقت ذاته لمصلحة نفسه وذلك لقيام الارتباط بين المصلحتين حيث لا يمكن القيام بأحداهما منفصلة عن الأخرى.

المطلب الثالث

الفضولى يقول بالشأن العاجل

وهو غير ملتزم به ولا موكل فيه ولا منهى عنه

لكى يكون هناك فضالة يجب ألا يكون الفضولى ملتزما بالقيام بشأن غيره كما يجب ألا يكون رب العمل قد أمره بالقيام به أو نهاه عن القيام به.

أولا : عدم وجود التزام على الفضولى بتولى شأن غيره

يشترط لقيام الفضالة ألا يكون هناك التزام على الفضولى لتولى شأن رب العمل لأنه إذا كان ملتزما بـه، فهو ليس بفضولى يتطوع بالعمل لمصلحة الغير، بل هو مدين يقوم بالتزامه نحو الدائن.

ثانيا : عدم وجود أمر بالعمل أو نهى عنه من جانب رب العمل

- الغالب الأعم من الأحوال أن يكون رب العمل غير عالم بأن الفضولى قد تولى شأنا عاجلا من شئونه لأنه يكون بعيدا عن هذا الشأن فلا يتمكن من أن يتولاه بنفسه فيتولاه الفضولى.

- لكن قد يحدث أن يعلم رب العمل بقيام الفضولى بشأن من شئونه العاجلة فإذا كان هو الذى دعاه إلى ذلك كان الغير وكيلا لا فضوليا وإذا لم يكن قد دعاه ولكنه أقر عمله بعد ذلك فإن الفضولى يصبح بهذا الإقرار وكيلا، وفى هذا تقول المادة ١٩٠ مدنى أنه "تسرى قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولى".

- لكن المشكلة تثور عندما لم يدع رب العمل الغير التى تولى العمل الذى قام به، على العكس من ذلك نهاه عن التدخل فى شئونه. فى هذه الحالة لا يكون الغير فضوليا. ويجب عليه الامتناع عن التدخل، وإلا ارتكب خطأ قد

يستوجب مسئوليته التقصيرية إذا عاد تدخله بالضرر على رب العمل. لكن إذا عاد تدخل الغير بالمنفعة على رب العمل فإنه لا يجوز الرجوع عليه بدعوى الفضالة، بل بدعوى الإثراء إذا تحققت شروطها.

- ولكن لا يعتد بنهى رب العمل، وتتحقق الفضالة بالرغم من هذا النهى، إذا كان من تدخل فى شئون غيره قد أراد بهذا التدخل أن يسد حاجة ملحة اقتضاها وجود التزام فرضه القانون على رب العمل أو قضت بأدائه مصلحة عامة، كالالتزام بالنفقة و الالتزام بتجهيز ميت. وهذا ما كان ينص عليه المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى والذى حذفته لجنة القانون بمجلس الشيوخ، وهذا ما ينص عليه أيضا القانون المدنى الإيطالى فى المادة ٢/٢٠٣١ ونص المادة ١٦٠ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى.

خاتمة المبحث : مما تجدر ملاحظته أنه عند تخلف شرط من شروط الفضالة يمكن تطبيق أحكام الإثراء بلا سبب إذا توافرت شروطه.

المبحث الثانى

أحكام الفضالة

إذا توافرت أركان الفضالة تحققت الفضالة وأنتجت آثارها، فتنشئ التزامات فى جانب الفضولى وأخرى فى جانب رب العمل.

المطلب الأول

التزامات الفضولى

إذا تحققت الفضالة فإنه ينشأ على الفضولى الالتزامات الآتية :

١- مضى الفضول فى العمل الذى بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه.

٢- إخطار رب العمل متى استطاع ذلك.

٣- بذل عناية الشخص العادى فى القيام بالعمل.

٤- تقديم حساب لرب العمل ورد ما استولى عليه بسبب الفضالة.

وسنعرض تفصيلا لهذه الالتزامات، ثم نعرض بعد ذلك للأحكام المشتركة لهذه الالتزامات

أولا : عرض لالتزامات الفضولى

وهنا سنعرض تفصيلا لالتزامات الفضولى

الالتزام الأول : مضى الفضولى فى العمل الذى بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه (م ١٩١ مدنى مصرى).

- والحكمة من تقرير هذا الالتزام هو منع التدخل فى شئون الغير عن رعونة أو خفة، فمن تدخل فى شأن غيره دون أن يدعى لذلك وجب عليه ألا يتخلى عن العمل، بل يلتزم بالمضى فيما بدأ رعاية لمصلحة رب العمل وهى المصلحة التى قصد الفضولى أن يرعاها.

- ويجب على الفضولى أن يمضى فى العمل الذى بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه ويستوى فى ذلك أن يكون العمل عملا ماديا أو تصرفا قانونيا. فإذا تمكن رب العمل من ذلك سقط عن الفضولى التزامه بالمضى فى العمل.

الالتزام الثانى : إخطار الفضولى رب العمل بتدخله متى استطاع ذلك.

هذا الالتزام مرتبط ارتباطا وثيقا بالالتزام السابق، فحيث أنه يجب على الفضولى أن يمضى فى العمل الذى بدأه حتى يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه فإن ذلك يقتضى أن يخطره بتدخله متى استطاع ذلك. ومتى تم الإخطار، ومتى تيسر لرب العمل مباشرة شأنه بنفسه سقط عن الفضولى التزامه بالمضى فى العمل، وأصبح من واجب رب العمل، ومن حقه فى الوقت ذاته أن يباشر شئونه بنفسه، وأن يتخلى له الفضولى عن ذلك.

الالتزام الثالث : بذل عناية الشخص العادى فى القيام بالعمل (١٩٢ مدنى مصرى).

والتزام الفضولى بالقيام بالعمل التزام ببذل عناية ليس التزاما بتحقيق نتيجة ولذلك فإن لم يبذل العناية الواجبة يكون قد ارتكب خطأ فى الفضالة، وإذا

عهد إلى غيره بكل العمل أو بعضه كان مسئولا عن تصرفات نائبه، وإذا تعدد الفضوليون في القيام بعمل واحد، كانوا متضامنين في المسئولية ولنر هذه المسائل بشيء من التفصيل.

١ـ الخطأ في الفضالة

ـ إذا لم يبذل الفضولي في القيام بالعمل عناية الشخص العادي كان مسئولا عن كل الأضرار الناشئة عن ذلك.

ـ ومسئولية الفضولي عن خطئه لها خصوصية معينة مرجعها ما تنطوي عليه الفضالة من معنى التفضل ولذلك لا تكون المسئولية كاملة، إذ يجوز للقاضي أن ينقص التعويض المترتب على هذا الخطأ إذا اقتضت الظروف ذلك (م١٩٢/١ مدني مصري).

ـ أما إذا لم يكن هناك فضالة أو لم يكن الخطأ في الفضالة فإن القاضي يعمل قواعد المسئولية المدنية إعمالا كاملا بدون التخفيف الذي نصت عليه المادة ١٩٢/١.

٢ـ نائب الفضولي

ـ إذا عهد الفضولي إلى شخص آخر في أن يقوم مقامة في أعمال الفضالة كلها أو بعضها، اعتبر هذا الشخص بمثابة نائب ويكون الفضولي مسئولا عن تصرفاته.

ـ ونائب الفضولي يكون مسئولا أمام الفضولي. كما يكون الفضولي مسئولا عن خطئه أمام رب العمل مسئولية المتبوع عن أعمال التابع.

ـ ويكون نائب الفضولي مسئولا قبل رب العمل عن طريقين، عن طريق الرجوع بالدعوى غير المباشرة أي باستعمال دعوى مدينه الفضولي، وعن طريق الرجوع عليه بالدعوى المباشرة بصريح نص المادة ١٩٢/٢ مدني مصري.

٣- التضامن فى المسئولية بين الفضوليين

إذا تعدد الفضوليون فى القيام بعمل واحد كانوا مسئولين على وجه التضامن عن الخطأ فى الفضالة وذلك طبقا لصريح نص المادة ٢/١٩٢ مدنى مصرى.

الالتزام الرابع : تقديم الفضولى حسابا لرب العمل ورد ما استولى عليه بسبب الفضالة (م١٩٣ مدنى مصرى).

- يعتبر الفضولى بمثابة وكيل فيما يقبضه من مال رب العمل أثناء قيامه بشئون هذا الأخير يترتب على ذلك ما يلى :

١- لا يجوز له أن يستعمل هذا المال لصالح نفسه، فإن فعل ذلك وجب عليه فوائد هذا المال بسعرها القانونى من وقت استخدامه.

٢- إذا لم يستعمل المال لصالح نفسه، فلا يجب عليه الفائدة بسعرها القانونى إلا من وقت إعذاره برد المال.

هذا إذا كان العمل الذى تولاه الفضولى تصرفا قانونيا.

- أما إذا كان العمل الذى تولاه الفضولى عملا ماديا كجنى محصول، فلا يجوز له أن يستولى عليه لصالح نفسه، وإلا ألزم التعويض.

ثانيا : الأحكام المشتركة لالتزامات الفضولى

وهنا سنعرض لثلاث مسائل، أهلية الفضولى، وأثر موت الفضولى أو موت رب العمل فى التزام الفضولى، وتقادم التزامات الفضولى.

١- أهلية الفضولى

وهنا يجب التمييز بين التصرفات القانونية والأعمال المادية.

أ- بالنسبة للتصرفات القانونية : نفرق بين فرضين.

الفرض الأول : إذا أبرم الفضولى التصرف القانونى باسمه فإنه يلزم أن يتوافر فيه الأهلية المتطلبة لهذا التصرف وإلا كان التصرف باطلا والتزام رب العمل وفقا لقواعد الإثراء بلا سبب إذا تحققت شروطها.

الفرض الثانى : إذا أبرم التصرف القانونى باسم رب العمل فيكفى فى الفضولى أهلية التمييز حيث أن آثار التصرف ستضاف مباشرة إلى رب العمل.

- بالنسبة للأعمال المادية : يكفى أن يكون الفضولى مميزا. والتمييز لازم لأنه يشترط لدى الفضولى قصد العمل لمصلحة رب العمل. **ومما تجدر** ملاحظته أن كل ما يقوم به الفضولى من أعمال، ولو كانت تصرفات قانونية معقودة باسم رب العمل، تعتبر بالنسبة لرب العمل أعمالا مادية.

ب- بالنسبة للالتزامات المفروضة على الفضولى : فإن الأهلية تختلف تبعا لنوع الالتزام :

فبالنسبة للالتزام بالمضى فى العمل الذى بدأه، والالتزام بإخطار رب العمل بتدخله يكفى فى الفضولى أن يكون مميزا. إذا أخل بأحدهما قامت مسئوليته التقصيرية كاملة على أساس الإخلال بالتزام قانونى.

بالنسبة للالتزام ببذل عناية الشخص العادى والالتزام بتقديم الحساب يشترط فى الفضولى أن يكون كامل الأهلية، لأن الأمر يتعلق بحسن إدارة مال الغير، إذا لم تتوافر هذه الأهلية فلا رجوع إلا بدعوى الإثراء إذا تحققت شروطها، وإذا ارتكب خطأ تقصيريا خارجا عن أعمال الفضالة فيرجع عليه بالمسئولية التقصيرية[1] كاملة (م ١/١٩٦ مدنى مصرى) حيث تنص على أنه "إذا لم تتوافر فى الفضولى أهلية التعاقد فلا يكون مسئولا عن إدارته إلا بالقدر الذى أثرى به، ما لم تكن مسئوليته ناشئة عن عمل غير مشروع".

٢- أثر موت الفضولى أو موت رب العمل فى التزامات الفضولى

وهنا سنعرض لأثر موت الفضولى، ثم بعد ذلك لأثر موت رب العمل.

أ- أثر موت الفضولى

يلتزم ورثته بما يلتزم به ورثة الوكيل (م١/١٩٤ مدنى مصرى) بمعنى أن الفضالة كالوكالة تنتهى بالموت، وأن ورثة الفضولى كورثة الوكيل إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالفضالة يلتزمون التزاما شخصيا مباشرا

(١) السنهورى، الوسيط، ص١، فقرة ٨٨٦، ٨٨٧.

بإخطار رب العمل بموت مورثهم كما يلتزمون بأن يحافظوا على ما تم من عمل وبأن يصلوا به إلى حالة لا يتعرض معها للتلف حتى يتمكن رب العمل من أن يباشر العمل بنفسه".

ب- أثر موت رب العمل

إذا مات رب العمل بقي الفضولي ملتزما نحو الورثة بما كان ملتزما به نحو مورثهم (م١٩٤/٢ مدني مصري).

وكما واضح فإن الفضالة لا تنقضي بموت رب العمل بل يظل الفضولي ملتزما نحو ورثة رب العمل كما كان ملتزما نحو رب العمل نفسه، وفي هذا تختلف الفضالة عن الوكالة إذ الوكالة تنقضي بموت الموكل. ويرجع سبب هذا الاختلاف إلى أن موقف الفضولي لا يتغير بموت رب العمل فهو لا يزال فضوليا بالنسبة إلى ورثته. أما الوكالة فتقوم على علاقة شخصية بين الوكيل والموكل وبالتالي فإنها تنتهي بموت الموكل.

٣- تقادم التزامات الفضولي

تسقط التزامات الفضولي قبل رب العمل بأقصر المدتين :

ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه رب العمل بحقه أو خمس عشرة سنة من وقت نشوء الحق (م١٩٧ مدني مصري).

المطلب الثاني

التزامات رب العمل

تنص المادة ١٩٥ مدني مصري على أنه "يعتبر الفضولي نائبا عن رب العمل متى كان قد بذل في إدارته عناية الشخص العادي، ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة. وفي هذه الحالات يكون رب العمل ملزما بأن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه، وأن يعوضه عن التعهدات التي التزم بها وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف مضافا إليها فوائدها من يوم دفعها وأن يعوضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل، ولا يستحق الفضولي أجرا على عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته.

ويتضح من هذا النص أن التزامات رب العمل هي

١ - تنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي باسمه أي باسم رب العمل

٢ - تعويض الفضولي عن التعهدات التي عقدها باسمه شخصيا.

٣ - رد النفقات الضرورية والنافعة ودفع الأجر.

٤ - تعويض الفضولي عن الضرر الذي لحقه.

وسنقوم أولا بعرض هذه الالتزامات بالتفصيل، ثم بعد ذلك ندرس الأحكام المشتركة.

أولا : عرض هذه الالتزامات

وهنا سنعرض لهذه الالتزامات بالتفصيل.

الالتزام الأول : تنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي نيابة عنه

إذا عقد الفضولي تصرفا قانونيا باسم رب العمل، فإنه يعتبر نائبا عنه في هذا التصرف فيترتب أثار هذا التصرف مباشرة في ذمة رب العمل. والنيابة هنا نيابة قانونية قررها المشرع صراحة بنصف المادة ١٩٥ مدني.

الالتزام الثاني : تعويض الفضولي عن التعهدات التي عقدها باسمه

وهنا الفرض أن الفضولي قد تعاقد باسمه شخصيا لحساب رب العمل. ولذلك فإن آثار هذا التصرف تنصرف مباشرة إلى ذمة الفضولي. ولذلك إذا أدى الفضولي الالتزامات الناشئة عن هذا التعاقد كان له الرجوع به على رب العمل مع فوائدها القانونية من يوم أن أداها.

الالتزام الثالث : رد النفقات الضرورية والنافعة ودفع الأجر

- يجب على رب العمل أن يرد إلى الفضولي النفقات الضرورية والنافعة وفوائد هذه النفقات من يوم إنفاقها وفي هذا استثناء من القواعد العامة

قررها القانون لمصلحة الفضولي لأن الفوائد لا تستحق إلا من وقت المطالبة القضائية وهو يلتزم برد هذه النفقات الضرورية والنافعة ولو لم يترتب على إنفاقها أي إثراء لرب العمل.

- أما بالنسبة للأجر فإن رب العمل لا يلتزم بدفع أجر الفضولي مقابل قيامه بأعمال الفضالة إلا إذا كان العمل داخلا في نطاق مهنته، كما هو الشأن في طبيب يقوم بعلاج مريض أو مهندس يتولى ترميم عين من الأعيان، فعندئذ يصبح من حقه أن يؤجر على هذا العمل.

الالتزام الرابع : تعويض الفضولي عن الضرر الذى لحقه

إذا أصاب الفضولي ضرر من جراء العمل الذى قام به فضالة ولم يرجع هذا الضرر لخطأ صدر منه عوض عن هذا الضرر. وإذا تعدد رب العمل فلا تضامن في التزاماتهم نحو الفضولي لأن لا تضامن بدون نص.

ثانيا : الأحكام المشتركة لالتزامات رب العمل في مواجهة الفضولي

وهنا نعرض ثلاث مسائل، أهلية رب العمل، وأثر موت رب العمل أو موت الفضولي على التزامات رب العمل، وتقادم التزامات رب العمل.

١- أهلية رب العمل

أعمال الفضالة أيا كانت تعتبر جميعها أعمالا مادية بالنسبة إلى رب العمل لذلك لا يشترط في رب العمل أية أهلية، وذلك لقول القانون، "أما رب العمل فتبقى مسئوليته كاملة ولو لم يتوافر فيه أهلية التعاقد (م٢/١٩٦ مدني مصري). التزامات رب العمل نحو الفضولي مصدرها الإثراء بلا سبب فيما عدا التزامه الأول مصدره النيابة القانونية مع مراعاة أن الفضولي لا يتقيد بحدود الإثراء بلا سبب.

٢- أثر موت رب العمل أو موت الفضولي على التزامات رب العمل

لم يرد نص في هذا الصدد ولكن طبقا للقواعد العامة إذا مات رب العمل فإن التزاماته قبل الفضولي تبقى في التركة وعلى ورثته أن يؤدوها من التركة وإذا مات الفضولي بقي التزام رب العمل قبل ورثة الفضولي.

٣- تقادم التزامات رب العمل

تتقادم الدعوى التي يرفعها الفضولي على رب العمل بأقصر المدتين : ثلاث سنوات من وقت علمه بقيام حقه أو خمس عشرة سنة من وقت قيام هذا الحق.

الفهرس

الكتاب الأول
المصادر الإرادية
العقد – الإرادة المتفردة

الكتاب الثانى